Hubertus Glitz

GESETZMÄSSIGKEITSPRINZIP UND ÜBERMASSVERBOT IN IHRER BEDEUTUNG FÜR DIE SACHGEMÄSSHEIT VERWALTUNGSRECHTLICHER AUFLAGEN

1975

GESETZMÄSSIGKEITSPRINZIP UND OBERMASSVERBOT IN IHRER BEDEUTUNG FÜR DIE SACHGEMÄSSHEIT VERWALTUNGSRECHTLICHER AUFLAGEN

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
HUBERTUS GLITZ
aus
Bad Driburg
1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Christian-Friedrich Menger
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Albert von Mutius
Dekan:	Prof. Dr. Berthold Kupisch

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juli 1975

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

		Seite
Einführung		1
Hauptteil		3
1. Abschnitt:	Grundlagen	3
1. Kapitel:	Rechtsnatur verwaltungsrechtlicher Auflagen	3
§ 1	Auflagen als Nebenbestimmungen	3
§ 2	Unterscheidende Merkmale	4
2. Kapitel:	Arten auflagefähiger Vergünstigungen	15
§ 3	Gebundene und ermessensfreie Vergünstigungen	15
§ 4	Anerkennende und teilhabegewährende sowie verleihende Vergünstigungen	17
	I. Begriff und Wesen	17
	1. Anerkennende und teilhabegewährende Vergünstigungen	17
	2. Verleihende Vergünstigungen	21
	II. Anerkennungsvorgang	23
	1. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	23
	2. Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt	28
§ 5	Berührungspunkte der Unterscheidungskreise	30
3. Kapitel:	Typen gesetzlicher Auflagenermächtigungen	32

Seite

2. Abschnitt: Gesetzmäßigkeitsprinzip und Übermaßverbot in ihrer Bedeutung für Auflagen 40

1. Kapitel: Inhalt, Problematik und Auswirkungen des Gesetzmäßigkeitsprinzips 40

§ 6 Inhalt und Problematik des Prinzips 40

I. Inhalt 40

II. Problematik der Reichweite 42

1. Theorie vom beschränkten Gesetzesvorbehalt 42

2. Theorie vom erweiterten Gesetzesvorbehalt 48

3. Vermittelnder Vorschlag für Anforderungen an Auflagenermächtigungen 57

III. Problematik der Bestimmheit gesetzlicher Auflagenermächtigungen 61

1. Funktion, Inhalt und Problematik des Bestimmheitsgebotes 61

2. Auflagenermächtigungen und Bestimmheitsgebot 64

3. Konkretisierungsmaßstab "Sachzusammenhang" 67

Seite

§ 7 Auswirkungen des Prinzips 69

I. Auswirkungen bei gebundenen Vergünstigungen 69

1. Mit ausdrücklicher Auflagenermächtigung 69

2. Ohne ausdrückliche Auflagenermächtigung 72

a) Regelfall 72

b) Sonderfall: Auflagen zur Schaffung von Voraussetzungen bzw. Beseitigung von Versagungsgründen 75

II. Auswirkungen bei ermessensfreien Vergünstigungen 76

1. Mit ausdrücklicher Auflagenermächtigung 76

2. Ohne ausdrückliche Auflagenermächtigung 77

III. Konsequenzen für gesetzesfreie Vergünstigungen 80

2. Kapitel: Bedeutung und Auswirkungen des Obermaßverbotes 81

§ 8 Bedeutung des Grundsatzes 81

Seite

§ 9 Auswirkungen des Grundsatzes 88

I. Auswirkungen bei gebundenen Vergünstigungen 88

1. Auflagen zur Schaffung von Voraussetzungen 88

2. Auflagen zur Beseitigung zwingender Versagungs- und Widerrufsgründe 91

II. Auswirkungen bei ermessensfreien Vergünstigungen 97

1. Auflagen zu Vergünstigungen anerkennender Art 97

a) Erlaubnisse i. e. S. 97

b) Ausnahmebewilligungen und Dispense 100

2. Auflagen zu Vergünstigungen teilhabegewährender Art 103

3. Auflagen zu Vergünstigungen verleihender Art 103

3. Abschnitt: Rechtmäßigkeit des Inhalts von Auflagen im einzelnen 104

1. Kapitel: Mindesterfordernisse 104

§ 10 Allgemeine Mindesterfordernisse 104

§ 11 Insbesondere: Zweckwidrige Auflagen 106

2. Kapitel: Ermittlung des Sachzusammenhangs 108

§ 12 Untersuchung des § 32 Abs. 3 Entwurf eines VerwaltungsverfahrensG samt amtlicher Begründung 108

Seite

§ 13 Untersuchung gesetzlicher Auflagenermächtigungen 110

I. Genau bestimmte Auflagenermächtigungen und Sachzusammenhang 110

II. Grob bestimmte Auflagenermächtigungen und Sachzusammenhang 113

III. Auflagen zur Beseitigung von Begünstigungshindernissen und Sachzusammenhang 116

§ 14 Folgerungen für unbestimmte und stillschweigende Auflagenermächtigungen 121

I. Sachzusammenhang im allgemeinen 121

II. Gesetzeszweckgewährleistende und gefahrenabwehrende Auflagen 127

III. Gesetzeszweckfördernde und gesetzesfremde Auflagen 130

1. Begriffliches 130

2. Koppelungsverbote 131

3. Insbesondere: "Fiskalische" Auflagen 135

Zusammenfassung 140

Literaturverzeichnis VI - XVIII

Abkürzungsverzeichnis XIX - XXII

Einführung

Ziel der vorliegenden Dissertation ist es, zur Klärung der Frage beizutragen, ob und unter welchen Voraussetzungen insbesondere begünstigenden Verwaltungsakten Auflagen beigefügt werden dürfen; dabei verdient die Problematik der Wahrung eines ausreichend engen Sachzusammenhangs zwischen Auflagen und der gesetzlichen Materie, aufgrund derer begünstigende Verwaltungsakte mit Auflagen ergehen, besondere Beachtung.

Zwar besteht im Ergebnis über das Erfordernis eines derartigen sachlichen Bezugs in Rechtsprechung und Literatur nahezu Einmütigkeit[1]; nur selten werden indes Versuche unternommen[2], eine umfassende Begründung für dieses Gebot

---

1) Die Frage, ob es überhaupt eines Sachzusammenhangs bedarf, wird - soweit ersichtlich nur mit Ausnahme von Herbert Krüger, DVBl 1955, 522 f - nicht bestritten.

Besonders deutlich wird die Geltung eines Sachzusammenhangsgebotes als geradezu allgemeinen und keiner weiteren Begründung bedürftigen Rechtsgrundsatzes bei Hans Rudolf Huber, aaO, S. 1 - 6, wenn er ausführt: "Der leitende Gedanke dieser Arbeit, gleichsam ihr roter Faden, ist der Grundsatz, daß in Verbindung mit einem günstigen Verwaltungsakt nur solche lästige Momente zu Auflagen und Bedingungen geltend gemacht werden dürfen, die mit dem Hauptinhalt des Aktes noch in vernünftigem sachlichen Zusammenhang stehen". Diesen Grundsatz gewinnt Huber nicht erst im Verlauf seiner Dissertation, sondern anerkennt und berücksichtigt er von vornherein als unbezweifelbares (verfassungs-) rechtliches Gebot; seine Arbeit dient nicht der Ermittlung oder Begründung eines bereits allgemein anerkannten und angewandten Zusammenhangsgebotes, er setzt es vielmehr als einen wichtigen Maßstab zur Lösung anderer Probleme im Bereich der Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten voraus.

2) Die sorgfältigsten Untersuchungen über das Problem des Sachzusammenhangs haben in jüngerer Zeit Hans Rudolf Huber (in Diss. iur., Zürich 1955), Herbert Krüger (in DVBl 1955, 380 ff und 450 ff und 580 ff) und Gerd Roellecke (in DÖV 1968, 333 ff) angestellt.

zu liefern, wie es auch an genügend sorgfältigen Ermittlungen darüber fehlt, wie im Einzelfall nachgeprüft werden kann, ob das Bezüglichkeitsgebot gewahrt ist oder nicht[3].

Auch darüberhinaus wird sich zeigen, daß die von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur fast ganz übereinstimmend gemachten Aussagen über die Zulässigkeit (Rechtmäßigkeit) von Auflagen teilweise mindestens zu allgemein gehalten sind und insgesamt nicht ausreichen, die Problematik der Rechtmäßigkeit verwaltungsrechtlicher Auflagen befriedigend zu lösen. So ist vor allem nicht recht verständlich, daß auf der Suche nach Zulässigkeitskriterien für Auflagen lediglich unterschieden wird zwischen Auflagen zu gebundenen und ermessensfreien Verwaltungsakten, nicht aber zwischen solchen anerkennender und verleihender Art.

Ausgangspunkt für diese Ermittlung ist der eingeräumte Spielraum zum Erlaß des begünstigenden Verwaltungsaktes; dieser richtet sich aber nicht nur nach Gesetzesgebundenheit oder Ermessensfreiheit, sondern auch nach dem anerkennenden oder verleihenden Charakter der Begünstigung.

Ferner ist insbesondere der Einsatz von Auflagen als Vergünstigungsmöglichkeit namentlich bei der Ausräumung zwingender Versagungs- und Widerrufsgründe nicht genügend geklärt.

---

3) Streng genommen müßten zu diesem Zweck sämtliche verwaltungsrechtlichen Auflagenermächtigungen untersucht werden (vgl.: Roellecke, DÖV 1968, 339, der sich indes mit jeweils einem für ihn repräsentativen Beispiel aus dem Bereich der Eingriffs- und der Leistungsverwaltung begnügt). Im Rahmen dieser Studie werden immerhin die wichtigsten Typen gesetzlicher Auflagenermächtigungen daraufhin untersucht, ob und inwieweit das Bezüglichkeitsgebot gewahrt ist; die gewonnenen Erkenntnisse sollen verallgemeinert werden.

Hauptteil

1. Abschnitt: Grundlagen

1. Kapitel: Rechtsnatur verwaltungsrechtlicher Auflagen

§ 1 Auflagen als Nebenbestimmungen

Die Auflage gehört mit der Bedingung[1], der Befristung, dem Widerrufsvorbehalt[2] und der Bestimmung, die darauf gerichtet ist, vom Gesetz als Regel vorgesehene Rechtswirkungen auszuschließen[3], zu den verwaltungsrechtlichen Nebenbestimmungen[4], die insofern "neben" den Ausspruch

---

1) Die Bezeichnungen "Auflage" und "Bedingung" werden in der Gesetzessprache und in der Verwaltungspraxis nicht immer im technischen Sinne verwandt, vgl. dazu: Wolff-Bachof, aaO, S. 410 f; Forsthoff, aaO, S. 215; Merk, aaO, S. 854; Peters, aaO, S. 162; Kormann, aaO, S. 139; Fachinger, DV 1949, 118; Kiekebusch, VerwArch 57, 30; Riedel, JZ 1954, 31 f; Weyreuther, DVBl 1969, 232, 234.

2) Wolff-Bachof, aaO, S. 410, bezeichnen den Widerrufsvorbehalt als eine besondere Art auflösender Bedingung; der ihrer Ansicht nach nur zu einem Widerruf aus Gründen, "die innerhalb des Sachbereichs desjenigen Gesetzes liegen, aufgrund dessen der Verwaltungsakt erlassen worden ist", berechtige; so auch: Assfalg, BB 1967, 190.

3) Diese Bestimmung wird auch nur vereinzelt besonders aufgeführt, so z. B. bei: Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., S. 358; aber nicht mehr in der 9. Aufl. (vgl. S. 409 f); Kormann, aaO, S. 135; Ludwig von Köhler, aaO, S. 166; a. a.: Hans-Rudolf Huber, aaO, S. 26.

4) Vgl.: Wolff-Bachof, aaO, S. 409-413; Forsthoff, aaO, S. 214.

eines zugrundeliegenden Haupt-Verwaltungsaktes treten, als sie nicht zwangsläufig oder auch nur typischerweise zusammen mit diesem ergehen, sondern nur von Fall zu Fall nach dem Willen des Gesetzgebers bzw. dem der Verwaltungsbehörde zusätzlich angeordnet werden. Die Bezeichnung "Nebenbestimmung" ist indes insoweit irreführend, als Auflagen, sowohl was den Willen des Anordnenden betrifft sie beachtet und vollzogen zu wissen als auch was die Bedeutung des Gegenstandes angeht, auf den sie sich beziehen, nicht etwa stets nur eine untergeordnete und nur nebensächliche Rolle spielen müßten[5]; ferner insoweit, als Auflagen nicht (gänzlich) außerhalb und (völlig) verselbständigt "neben" dem Hauptverwaltungsakt stünden, sondern mit diesem zumindest ein einheitliches Geschäft bilden.

§ 2 Unterscheidende Merkmale[6]

Anders als der Begriff "Bedingung",der eine denktechnische Verknüpfung zweier Vorgänge ausdrückt[7], beschreibt die Bezeichnung "Auflage" bildhaft, daß einem Tatbestand ein

---

5) Maubach, aaO, S. 15.

6) Angesichts der weitgehend bestehenden Übereinstimmung bzgl. der im Zusammenhang mit dieser Studie interessierenden Merkmale der verwaltungsrechtlichen Auflage, soll hier eine kurze Darstellung ihrer wesentlichen Eigenschaften genügen; dabei ist besonders Wert zu legen auf einen Vergleich zur Bedingung, ohne den das Wesen der Auflage nicht recht verständlich würde.

7) Maubach, aaO, S. 15 f; von Köhler, BB 1961, 1354; BVerwG U. v. 29. 3. 1968 - IV C 27/64 - NJW 1968, 1842 (1843).

anderer, der aufzuerlegende, hinzugefügt wird und beide nunmehr (lediglich) additiv nebeneinander bestehen sollen[8]. Dabei bedeutet das Auferlegte immer eine Last, eine Beschwernis. Insofern gilt für den verwaltungsrechtlichen Auflagebegriff dasselbe wie für den privatrechtlichen[9], bei dem Auflage die einer Schenkung oder einer letztwilligen Verfügung hinzugefügte den Begünstigten treffende Verpflichtung zu einer Leistung ist[10].

Entsprechend wird von der wohl überwiegenden Meinung vertreten, auch verwaltungsrechtliche Auflagen ergingen begriffsnotwendig nur zu begünstigenden Verwaltungsakten; sie kämen schon "ihrer Natur nach"[11] nur bei begünstigenden Verwaltungsakten in Betracht oder seien "schon begriffsmäßig"[12] Anordnungen, die nur getroffen würden im Hinblick auf Auswirkungen, die aufgrund des günstigen Inhalts eines Verwaltungsaktes entstehen können, weil sie den Adressaten "speziell aus Anlaß der Erteilung oder Innehabung eines günstigen Verwaltungsaktes träfen[13].

---

8) Maubach, aaO, S. 16.

9) Maubach, aaO, S. 17 f.

10) Vgl.: Staudinger-Ostler, BGB (II. Bd.), § 525 Rdnr. 4; Staudinger-Seybold, BGB (V. Bd.), § 1940, Rdnrn.3, 6.

11) Maubach, aaO, S. 32.

12) Forsthoff, aaO, S. 216.

13) Hans Rudolf Huber, aaO, S. 33, 35; Merk, aaO, S. 854; Ludwig von Köhler, aaO, S. 166; Weyreuther, DVBl 1969, 234; vgl. ferner die bezeichnende Wahl der Oberschriften bei: von Mangoldt, VerwArch 37, 101 ("Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten") und Hans Rudolf Huber, aaO, ("Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von günstigen Verwaltungsakten").

Andererseits will z. B. Hans J. Wolff[14] das Institut der Auflage nicht unbedingt für begünstigende Verwaltungsakte reservieren; nach ihm wird durch sie nur in der Regel etwas von einem Begünstigten gefordert. Ähnlich vorsorglich meint Giacometti[15], die Auflage erscheine als Bestandteil solcher Verwaltungsakte, die primär den Adressaten begünstigten. Auch Benisch[16] hält eine atypische Verwendung des Instituts Auflage zu Lasten des ohnehin durch den Verwaltungsakt Beschwerten für möglich und sinnvoll, jedenfalls könne der Gesetzgeber die Auflage auch für beschwerende Verwaltungsakte verwenden[17]. Auf jeden Fall

---

14) Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., S. 357.

15) Giacometti, aaO, S. 370.

16) Benisch, WuW 1961, 450 f.

17) Benisch leitet die Zulässigkeit von Auflagen auch zu Lasten der ohnehin beschwerten Vereinigung vor allem daraus her, daß im Vordergrund der die Mitgliedschaft des Unternehmens anordnenden Verfügung, die zum Instrumentarium der sog. (kartellrechtlichen) Mißbrauchsaufsicht gehöre und als derartige Maßnahme ergehe, nicht so sehr die Begünstigung des die Aufnahme begehrenden Unternehmens als vielmehr der Eingriff in die Vertrags- und Vereinsfreiheit der Unternehmensvereinigung, die belastende Kompenente der Verfügung, stehe; wenn der Verwaltungsakt nach § 27 KartellG seinem Hauptinhalt nach gegen die Vereinigung gerichtet sei, müsse auch die ihm dienende Nebenbestimmung des Abs. 2 gegen die Vereinigung gerichtet werden können.
M. E. ist jedoch zweifelhaft, ob man sagen kann, der Hauptinhalt des Verwaltungsaktes richte sich gegen die Vereinigung, sein Hauptinhalt sei die belastende Komponente; zwar läßt sich nicht leugnen, daß eine die Mitgliedschaft anordnende Verfügung im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht ergeht und derartige Aufsichtsmaßnahmen, wie auch die §§ 18 und 22 KartellG zeigen, typischerweise belastende Maßnahmen sind; nichtsdestoweniger erscheint es aber möglich, auch mit begünstigenden Verwaltungsakten wirksam Mitbräuche auf dem Gebiet des Wettbewerbs zu bekämpfen. In Anerkennung der Überlegung, daß die Auflagenermächtigung des § 27 Abs. 2 KartellG sich vornehmlich auf den Hauptinhalt des Verwaltungsaktes erstreckt, läßt sich dann aus der Auflagenermächtigung jedenfalls zunächst nur entnehmen, dem die Mitgliedschaft begehrenden Unternehmen, dem Begünstigten, könnten Auflagen gemacht werden. Immerhin ist § 27 KartellG eines der wohl seltenen und, soweit ersichtlich, das einzige in Rechtsprechung und Literatur behandelte Beispiel dafür, daß Auflagen auch bei belastenden Verwaltungsakten sinnvoll und zweckmäßig sein können, eine Erkenntnis, die es nahelegt, das nützliche Instrument "Auflage" nicht von vornherein auf begünstigende Verwaltungsakte zu beschränken.

dürften Auflagen anwendbar sein bei Verwaltungsakten, die nicht ausschließlich begünstigende Wirkungen entfalten, sondern sowohl begünstigende wie belastende Momente enthalten, also bei Verwaltungsakten mit sogenannter "Misch-" bzw. "Doppelwirkung" - je nachdem, ob Begünstigung und Belastung eine oder verschiedene Personen treffen[18] - wobei indes nicht übersehen werden darf, daß eine Auflage eine Nebenbestimmung ist, von der nur dort die Rede sein kann, wo sie zugleich mit dem (Haupt-) Verwaltungsakt ausdrücklich an einen Adressaten gerichtet ist, der bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung in aller Regel nur der Empfänger der Begünstigung ist, nicht aber der durch die Begünstigung des einen benachteiligte Andere. § 27 KartellG bildet auch insoweit eine Ausnahme[19]. In den Fällen, wo einem Verwaltungsakt mit Mischwirkung eine Auflage beigefügt ist, dürfte die Auflage sich durchweg an die Begünstigung knüpfen[20]. Die Auflage entfaltet keine

---

18) Vgl. zur Terminologie: Wolff-Bachof, aaO, S. 395.

19) Wo es andererseits erforderlich erscheint, dem durch die Doppelwirkung eines Verwaltungsaktes Benachteiligten - etwa weil er die Belastung nicht hinzunehmen gedenkt und sich anschickt, dem Begünstigten die Ausnutzung des ihm gewährten Vorteils zu beeinträchtigen - mit einer Verwaltungsmaßnahme zu begegnen, handelt es sich nicht um eine (belastende) Auflage zu einem Verwaltungsakt mit Doppelwirkung in seiner beschwerenden Komponente, sondern um einen (neuen) Hauptverwaltungsakt, der nicht (nur) Auflage ist.

20) Vgl. dazu etwa die Beispiel für Auflagen bei: Fischerhoff, AtomG, § 8 II.

Bestandswirkung auf den Verwaltungsakt, dem sie beigefügt ist, wodurch sie sich von der Bedingung unterscheidet. Der Hauptverwaltungsakt ist in seiner Wirksamkeit nicht abhängig von der Erfüllung der Auflage[21]. Der Adressat des Verwaltungsaktes darf von der ihm (in der Regel) gewährten Begünstigung sofort Gebrauch machen; allerdings ist er von dann an verpflichtet, einer Auflage nachzukommen[22]. Ein Außerachtlassen dieser Verpflichtung führt zwar noch nicht ipso iure zum Wegfall der Begünstigung, berechtigt aber die Verwaltungsbehörde u. U., die Begünstigung zu widerrufen oder die Auflage im Zwangswege durchzusetzen[23].

Schon daran wird deutlich, daß der Zusammenhang zwischen Verwaltungsakt und Auflage jedenfalls wesentlich loser ist, als der zwischen Verwaltungsakt und Bedingung[24]. Während das, was Gegenstand der Bedingung ist, an Bedeutung hinter das bedingte Hauptereignis, das allein im Vordergrund steht, zurücktritt, hat der Auflageninhalt neben dem Hauptverwal-

---

21) Wolff-Bachof, aaO, S. 410; Krüger, DVBl 1955, 450; wohl a. A.: Otto Mayer, aaO, S. 262.

22) Fachinger, DV 1949, 118, der jedoch meint, die Auflage habe insoweit Bedingungscharakter, als die Wirksamkeit des in ihr liegenden Gebotes davon abhänge, ob von der erteilten Erlaubnis oder sonstigen Vergünstigung Gebrauch gemacht werde. Vgl. dazu auch: Kormann, aaO, S. 857; Pr. OVG U. v. 1.2.1934 - IV C 43/33 - E 92, 209 (210).

23) Fachinger, DV 1949, 118; Kormann, aaO, S. 138; W. Jellinek, aaO, S. 261; Otto Mayer, aaO, S. 262; Merk, aaO, S. 856; Ludwig von Köhler, aaO, S. 167.

24) Ludwig von Köhler, aaO, S. 167; Merk, aaO, S. 854; Krüger, DVBl 1955, 450; Weyreuther, DVBl 1969, 234.

tungsakt viel selbständigeres Gewicht. Dieser Aspekt wird mitunter besonders stark betont. Vielfach wird angenommen, die Auflage sei eine nur äußerlich dem Hauptverwaltungsakt beigefügte Anordnung und nicht nur ein nichtintegrierter Bestandteil des begünstigenden Verwaltungsaktes, sondern selbst ein (belastender) Verwaltungsakt, der gegebenenfalls selbständig erzwungen werden könne[25]; allerdings sei die Auflage in ihrem Bestand abhängig von der Wirksamkeit des zugrundeliegenden begünstigenden Verwaltungsaktes, weil sie in einem notwendigen Sinnzusammenhang mit diesem stehe, so daß ihre Geltung mit der des Verwaltungsaktes stehe und falle[26]. Von anderer Seite wird betont, daß auch die Auflage als Nebenbestimmung lediglich zu einem die Hauptregelung beinhaltenden Verwaltungsakt als ergänzende Regelung hinzuträte[27]. Sie enthalte selbst keine in sich abgeschlossene und für sich allein sinnvolle Regelung, sondern erfülle den ihr beigelegten Zweck gerade durch die im Verhältnis zum Hauptverwaltungsakt dienende Funktion. Die Auflage sei, wie alle Nebenbestimmungen, kein Verwaltungsakt, sondern Teil eines solchen[28].

---

25) Fachinger, DV 1949, 118; Fleiner, aaO, S. 187; Kormann, aaO, S. 138, der die Auflage als "eine durchaus selbständige, nur äußerlich dem Hauptrechtsgeschäft beigefügte Willenserklärung" bezeichnet; Franz Mayer, aaO, S. 90; Wolff-Bachof, aaO, S. 412; Martens, DVBl 1965, 428 f.

26) Franz Mayer, aaO, S. 97, der insoweit von "Akzessorietät" der Auflage spricht; Wolff-Bachof, aaO, S. 412 f; Martens, DVBl 1965, 429.

27) So z. B.: Fachinger, DV 1949, 118; Badura, JuS 1964, 103; Weyreuther, DVBl 1969, 297, der sich gegen eine übertriebene Betonung der Selbständigkeit von Auflagen wendet.

28) Das hat natürlich den Nachteil, die gleichzeitig ergehende Auflage anders als die nachträglich ergehende, die unbestrittenermaßen ein selbständiger Verwaltungsakt ist, zu qualifizieren.

Die im Einzelfall unterschiedlich enge Verknüpfung zwischen Hauptverwaltungsakt und Auflage soll auch entscheidend sein für die selbständige Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit der Auflage[29]. Soweit auch die sogenannte "modifizierende Auflage", mit der eine beantragte Begünstigung anders als beantragt gewährt wird[30], die also den Gegenstand der Begünstigung selbst berührt bzw. abändert[31], überhaupt zu den Auflagen gerechnet wird[32], besteht wohl Einigkeit, daß derartige "Auflagen" nicht isoliert angefochten und aufgehoben werden dürfen[33]; das mit Angriffen gegen derartige Auflagen in Wahrheit angestrebte Ziel der Erteilung einer Begünstigung anderer Art als der zugesprochenen, sei mit

---

29) Insofern besonders deutlich: Weyreuther, DVBl 1969, 297, wenn er ausführt "... ist die Möglichkeit ihrer gesonderten Aufhebung und zugleich die Zulässigkeit einer gegen sie gerichteten Anfechtungsklage ... eine Frage einzig der jeweiligen Beziehungen zwischen Gewährung und Auflage d. h. eine Frage der Teilbarkeit i. S. des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO"; vgl. auch: Badura, JuS 1964, 103.

30) Vgl. zur Terminologie: Wolff-Bachof, aaO, S. 411.

31) So: BVerwG U. v. 21.10.1970 - IV C 165/65 - E 36, 145 (153 f).

32) Insoweit a. A.: Wolff-Bachof, aaO, S. 411 f.

33) Weyreuther, DVBl 1969, 217; Gerhard Huber, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 214; Drews-Wacke, Polizeirecht, S. 318; BVerwG U. v. 21.10.1970 - IV C 165/65 - E 36, 145 ff; BVerwG U. v. 3.5.1974 - IV C 42.72 - DÖV 1974, 563 f; BVerwG U. v. 8.2.1974 - IV C 73/72 - JuS 1974, 741 f; BayVGH U. v. 13.7.1973 - Nr. 36 I 70 - Bay.VBl. 73, 583; vgl. auch: BVerwG U. v. 17.5.1966 - IV C 207/65 - E 24, 129 (132) für den Fall eines "untrennbaren Zusammenhangs" zwischen Auflage und "Gesamtinhalt des Verwaltungsaktes".

der Verpflichtungsklage geltend zu machen[34]. Ansonsten sind die isolierte Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit jedenfalls als Grundsatz anerkannt[35]. Uneinigkeit besteht über Durchbrechungen dieses Grundsatzes; während nach einer Meinung eine Ausnahme nur zu machen sei, wenn feststände, daß die Verwaltungsbehörde die Begünstigung ohne Auflage gar nicht habe erlassen dürfen[36], soll dies nach anderer Meinung auch schon gelten, wenn bloß feststehe, daß sie die Begünstigung ohne Auflage nicht habe erlassen wollen[37].

---

34) Assfalg, BB 1967, 193, der diese Ansicht aber weitergehend für alle Fälle vertritt, wo sich die Fehlerhaftigkeit einer Nebenbestimmung auf die (ganze) Begünstigung erstrecke und das Gericht einerseits nicht über den auf die Auflage begrenzten Aufhebungsantrag hinausgehen dürfe und andererseits durch eine isolierte Aufhebung der Auflage einen gesetzeswidrigen Zustand schaffen würde; Weyreuther, DVBl 1969, 297; Schrödter in Anm. zu VG Neustadt U. v. 29.10.1963 - 1 K 297/61 - DVBl 1964, 552; OVG Berlin U. v. 19.12.1963 - OVG II B 38/62 - NJW 1964, 1152; ähnlich: § 34 Abs. 1 Satz 2 Entwurf eines VerwaltungsverfahrensG (1973).

35) Martens, DVBl 1965, 432, der keine Ausnahme von diesem Grundsatz machen will; Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., S. 359, mit dem Argument, bei Rechtswidrigkeit des Hauptverwaltungsaktes sei es Sache der Verwaltungsbehörden, ihn nach den Grundsätzen über die Rücknahme oder den Widerruf zurückzunehmen; Kormann, aaO, S. 138; Merk, aaO, S. 854; Wolff-Bachof, aaO, S. 411; Weyreuther, DVBl 1969, 235.

36) So vor allem: Martens, DVBl 1965, 428 ff (m. w. N. für alle vertretenen Meinungen); jetzt wohl auch: Wolff-Bachof, aaO, S. 412.

37) So vor allem: Badura, JuS 1964, 103; OVG Berlin U. v. 19. 12. 1963 - OVG II B 38/62 -, NJW 1964, 1152; VG Bremen U. v. 11.11.1964 - I A 212/63 - NJW 1965, 1196 f, für ermessensfreie Erlaubnisse; diese Ansicht wird insbesondere für ermessensfreie Begünstigungen unter Auflagen vertreten mit dem Argument, die Gestaltungsfreiheit der Behörden dürfe nicht beeinträchtigt werden.

Bereits aus Begriff und Rechtsnatur der Auflage, namentlich der spezifischen Art ihrer Verbindung mit dem Hauptverwaltungsakt, könnten sich gewisse Mindesterfordernisse an die Rechtmäßigkeit ihres Inhalts ergeben. Die rein äußerliche Zusammenfassung von begünstigendem Verwaltungsakt und belastender Anordnung, etwa in einer einheitlichen Urkunde, reicht nicht aus, um den Gesamtkomplex "Verwaltungsakt mit Auflage" anzunehmen[38], wie andererseits die äußerliche Trennung bzw. das zeitliche Auseinanderfallen von Begünstigung und Belastung diesen Gesamtkomplex nicht ausschließen, man denke nur an die zahlreichen Beispiele sogenannter nachträglicher Auflagen[39]. Die rein formelle Verbindung genügt eben nicht, um zwei Verfügungen verschiedenen Inhalts ihre Selbständigkeit und Unabhängigkeit voneinander zu nehmen und beide zu einem einheitlichen Institut "Verwaltungsakt mit Auflage" zusammenzuschweißen; ein besonderes Institut Auflage läßt sich nur rechtfertigen angesichts der Erscheinung, daß Begünstigung und Belastung inhaltlich in besonderer sachlicher materieller Abhängigkeit und Wechselbezüglichkeit voneinander auftreten. Die Schwierigkeit besteht nun darin, herauszufinden, wann ein genügend enger sachlicher Zusammenhang zwischen Verwaltungsakt und weiteren Anordnungen besteht, der es geboten erscheinen läßt, von diesen als Auflagen zu jenem zu sprechen[40]. Dabei ist zu beachten, daß

---

38) Hans Rudolf Huber, aaO, S. 38.

39) Hans Rudolf Huber, aaO, S. 39.

40) Vgl.: Fachinger, DV 1949, 121, wenn er feststellt, "... daß zwischen Rechtsgewährung und Auflage ein gewisser Zusammenhang bestehen muß, der erst die äußere Verbindung dieser beiden Entscheidungen rechtfertigt". Vgl. ferner: Franz Mayer, aaO, S. 90, der die Auflage u. a. kennzeichnet als "eine mit dem Verwaltungsakt verbundene und regelmäßig mit dessen Zielen in innerem Zusammenhang stehende zusätzliche Anordnung".

hier, wo es nur darum geht, größere Klarheit über Begriff und Rechtsnatur von Auflagen zu gewinnen, nur das Mindestmaß an materiellem Zusammenhang zwischen Hauptverwaltungsakt und Nebenanordnung zu finden ist, welches vorliegen muß, damit von einer Auflage gesprochen werden kann[41]; noch nicht ist zu untersuchen, wann Auflagen unter dem Gesichtspunkt ausreichend engen Sachzusammenhangs mit dem Hauptverwaltungsakt rechtmäßig sind. Dieses Mindestmaß an materiellem Zusammenhang kann, weil es für sämtliche Auflagen gelten soll, nur abstrakt umschrieben werden. Auszugehen ist von dem Beweggrund, der den Gesetzgeber und eine Verwaltungsbehörde veranlaßt, die Möglichkeit vorzusehen bzw. von einer solchen Möglichkeit Gebrauch zu machen, einem begünstigenden Verwaltungsakt belastende Anordnungen beizufügen; solches Motiv kann nur sein, einen tatsächlich zusammenhängenden komplexen Lebenssachverhalt auch rechtlich zusammenhängend und komplex zu regeln. Bezogen auf die Gewährung einer Begünstigung unter belastenden Anordnungen bedeutet dies die Verschaffung einer günstigeren Rechtsstellung unter Verpflichtungen, mit denen entweder Anforderungen, die an den Bewerber der Vergünstigung zu stellen sind, herbeigeführt werden sollen[42], oder mit denen aus der Ausnützung der Begünstigung möglicherweise entstehende Gefahren verhindert oder vermindert werden sollen, oder mit denen von dem Empfänger der Begünstigung mit Rücksicht darauf, daß sie ihm zuteil geworden ist, eine Art Entgegenkommen, eine Art Gegenleistung, die eben in einem Tun, Dulden oder Unterlassen im weitesten Sinne bestehen kann, gefordert werden soll. Welchen dieser Zwecke die Behörde auch vornehmlich verfolgt, immer wird sie ihre Berechtigung, gerade den Adressaten der Begünstigung damit zu behelligen, darin sehen, daß dieser "ja

---

41) Hans Rudolf Huber, aaO, S. 40.

42) Wolff-Bachof, aaO, S. 410, 411, 412.

auch einen Vorteil erhalten habe"[43]).
Deshalb ist der Feststellung Hubers beizupflichten: "Als Auflage ist ... jede verpflichtende Anordnung aufzufassen, die den Privaten speziell aus Anlaß der Erteilung oder Innehabung eines günstigen Verwaltungsaktes treffen soll"[44]). Wegen dieses materiellen Zusammenhangs zwischen Verwaltungsakt und Auflage rückt die Auflage zugleich wieder näher als eingangs betont an den Bedingungsbegriff; zwar soll die Erfüllung der belastenden Anordnungen nicht geradezu Voraussetzung (eben: Bedingung) für den begünstigenden Verwaltungsakt sein, aber immerhin bewirken, daß die Erfüllung der Verpflichtungen spätestens und ohne weiteres Zutun der Behörde mit der Ausnützung der Begünstigung in Angriff genommen wird. Letztlich soll also derselbe Zustand eintreten, als sei die Auflage eine Bedingung. Weil sich insoweit die Auflage der Bedingung annähert, kann sie gerade auch innerhalb der wichtigen Domäne für die Bedingung[45]) - die Sicherstellung gesetzlich erforderlicher Voraussetzungen für eine Begünstigung - an die Stelle einer Bedingung treten[46]).

---

43) Hans Rudolf Huber, aaO, S. 38 f; vgl. auch Fachinger, DV 1949, 118, unter Berufung auf Art. 71 VerwaltungsrechtsO für Württemberg.

44) Hans Rudolf Huber, aaO, S. 39.

45) Vgl. Wolff-Bachof, aaO, S. 410.

46) In diesem Zusammenhang sei bemerkt, daß diese Art materieller Verknüpfung von Begünstigung und Belastung bei belastenden Verwaltungsakten mit Auflagen nicht gegeben sein kann und deshalb doch sehr fraglich ist, ob - abgesehen von Sonderfällen wie § 27 KartellG - Auflagen auch zu belastenden Verwaltungsakten ergehen können.

2. Kapitel: Arten auflagefähiger Vergünstigungen

§ 3 Gebundene und ermessensfreie Vergünstigungen

Verwaltungsrechtliche Auflagen ergehen vornehmlich zu solchen Verwaltungsakten, die dem Bürger eine günstige Rechtsposition verschaffen. Sie kommen daneben hauptsächlich noch bei staatlichen Mitwirkungsakten vor[1].

Da die Anordnung von Auflagen zu einem begünstigenden Verwaltungsakt sich als teilweise Vorenthaltung der Begünstigung verstehen läßt, liegt es nahe, den Verwaltungsbehörden je nach der Stärke des Rechtes eines Bürgers, die Vergünstigung zu erhalten, bzw. des Rechtes der Behörde, die Begünstigung zu verweigern, ein unterschiedlich großes Maß an Freiheit einzuräumen, die Vergünstigungen durch die Anordnung von Auflagen teilweise zu schmälern. So wird dann auch auf der Suche nach einer möglichst allgemeingültigen Antwort[2] auf die Frage, ob und wie Auflagen zulässig sind, von den vielfachen Möglichkeiten, die subjektiven öffentlichen

---

1) Vgl. z. B.: § 14 WasserhaushaltsG, § 15 Abs. 3 FernstraßenG, § 45 Abs. 3 FlurbereinigungsG, § 31 Abs. 2 BundesbauG.

2) Andere als die hier behandelten Einteilungen lassen keine allgemeingültigen Antworten erwarten; so sind etwa Erkenntnisse über die Zulässigkeit von Auflagen, die auf Grund einer Unterscheidung nach dem Gegenstand der Begünstigung gewonnen sind, wegen der jeweiligen Besonderheiten des Gegenstandes ersichtlich nicht ohne weiteres zu verallgemeinern.

Rechte[3] einzuteilen[4], vornehmlich diejenige, nach dem von Gesetzes wegen angeordneten Grad des Rechtes, eine Begünstigung eingeräumt zu erhalten, nutzbar gemacht. Und zwar sollen sowohl die Anforderungen an Ausdrücklichkeit und Genauigkeit der gesetzlichen Ermächtigungen für Auflagen als auch die an den rechtmäßigen Inhalt von Auflagen umso geringer sein, je schwächer die Position des Bürgers bzw. je stärker die der Verwaltungsbehörden ist. Den schwächeren Grad, eine Vergünstigung zu erhalten, stellt das sogenannte formelle subjektive öffentliche Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch dar[5]; es liegt vor, wenn die Entscheidung über die Vergabe der Vergünsti-

---

3) Zur Problematik, ob es überhaupt gerechtfertigt ist, von gerade subjektiven öffentlichen Rechten zu sprechen, vgl.: Ottmar Bühler, aaO, S. 143 ff; Ernst Rudolf Huber, aaO, S. 677 ff; Wolff-Bachof, aaO, S. 318 ff; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 33 - 37; a. A. (verneinend): Giacometti, aaO, S. 302-318.

Speziell zu der Frage, ob die Rechtsstellung des "negativen Status" des Menschen (vgl. G. Jellinek, aaO, S. 81-93) als solche ein subjektives öffentliches R e c h t ist, vgl.: Menger, aaO (System), S. 118 f, der meint, erst der durch Verletzung entstehende Abwehranspruch sei es; Wolff-Bachof, aaO, S. 319, die den Charakter des Rechtes unter Hinweis auf den herkömmlichen Sprachgebrauch im öffentlichen und privaten Recht bejahen; ebenso: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 36; vgl. ferner: Ottmar Bühler, aaO, S. 61 ff m. w. N. (für älteres Schrifttum).

4) Vgl. zu den Einteilungsmöglichkeiten: Wolff-Bachof, aaO, S. 318 ff.

5) Wolff-Bachof, aaO, S. 327 f; Forsthoff, aaO, S. 188 f, m. w. N. und Stellungnahme zu der Frage, ob ein allgemeines subjektives Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch anzuerkennen ist; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 36; ferner: Ottmar Bühler, aaO, S. 158-164.

gungen, insbesondere die Auswahl der Empfänger und die Art und Weise ihrer Gewährung, durch Ermessen den Verwaltungsbehörden von Gesetzes wegen anheimgestellt ist. Ist demgegenüber die Verwaltungsbehörde - wenn auch u. U. erst beim Vorliegen besonderer gesetzlicher Voraussetzungen oder dem Fehlen gesetzlicher Versagungsgründe - von Gesetzes wegen gezwungen, die Begünstigung zu gewähren, liegt der stärkere Grad einer Einräumungsberechtigung vor, und zwar ein volles subjektives öffentliches Recht[6].

§ 4 Anerkennende und teilhabegewährende sowie verleihende Vergünstigungen

I. Begriff und Rechtsnatur

1. Anerkennende und teilhabegewährende Vergünstigungen

Es ist ein Hauptanliegen dieser Studie zu untersuchen, inwieweit nicht für die Rechtmäßigkeit von Auflagen zumindest mitentscheidend ist, ob das Recht auf die einzuräumende Vergünstigung ein subjektives öffentliches Recht darstellt, das auf staatlicher Anerkennung bzw. Teilhabegewährung beruht, oder aber eines, das auf staatliche Verleihung zurückgeht.
Von anerkennenden Vergünstigungen[8] ist in diesem Zusammenhang die Rede, wenn die einzuräumenden Vorteile oder Rechte

---

6) Wolff-Bachof, aaO, S. 328; Ottmar Bühler, aaO, S. 21.

7) Diese Unterscheidung geht zurück auf die von G. Jellinek (aaO, S. 46 f) getroffene Unterscheidung der Rechte in solche des rechtlichen Dürfens und solche des rechtlichen Könnens; vgl. dazu auch: Kormann, aaO, S. 82 ff.

8) Vgl. zu den Begriffen "anerkannte" und "verliehene" Rechte: Ernst Rudolf Huber, aaO, S. 679 ff.

sich als bloße Bestätigung, Anerkennung oder Gewährleistung einer als an und für sich staatsunabhängig zu denkenden Rechts- und Freiheitssphäre der Persönlichkeit darstellen[9]. Zwar ist die Freiheit des Einzelnen als ein ethisches Prinzip kraft der natürlichen Existenz des Menschen als Persönlichkeit unabhängig von der jeweiligen Struktur der staatlichen Ordnung[10] und gewinnt Rechtsqualität erst durch staatliche, insbesondere die in Art. 1 Abs. 3 GG in Verbindung mit den einzelnen Grundrechten erfolgende grundrechtliche Anerkennung, die auf dem natürlichen Substrat freier Persönlichkeit aufbaut und dieser eine gesicherte Rechtsposition im Rahmen der rechtlich geordneten Gemeinschaft verleiht; gleichwohl und trotz Art. 1 Abs. 3 GG - der ein positivistisches Grundrechtsverständnis nahelegen und zu der Annahme verleiten könnte, auch die Grundrechte seien erst durch den Staat gewährt und nicht bloß gewährleistet[11] - steht bei den anerkennenden Vergünstigungen nicht so sehr der staatliche Anerkennungsprozeß im Vordergrund, als vielmehr die vorrechtlich angeborene, außer- oder überstaatliche Freiheit[12], der Gegenstand des Anerkennungsvorgangs. Auf dieser Einsicht beruht Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 1 Abs. 3 GG, eine Vorschrift, die klarstellt, daß der Staat diese Freiheit nicht etwa unter Berufung auf die Anerkennung als einen das Recht erst konstituierenden Vorgang beliebig ausstatten, entziehen oder durch Auflagen teilweise vorenthalten kann[13].

---

9) Zur Problematik des Rechtscharakters des allgemeinen Freiheitsrechts auf Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) vgl.: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 5, m. w. N.

10) Vgl. dazu: W. Jellinek, aaO, S. 200 und 208 f.

11) Vgl.: Wolff-Bachof, aaO, S. 218.

12) Vgl.: Ernst Rudolf Huber, aaO, S. 680; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 26; Wolff-Bachof, aaO, S. 319 ff.

13) Vgl. dazu: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 1 Abs. 3, Rdnr. 91.

Demgegenüber sind teilhabegewährende Vergünstigungen solche, die ein aus den Grundrechten abzuleitendes und damit grundrechtlich verbürgtes Recht auf Teilhabe an staatlichen Leistungen normieren. Gegenüber den Haupteinwänden[14], der Gesetzgeber habe bewußt darauf verzichtet, teilhabegewährende (soziale) Grundrechte zu normieren[15], und die Ausweitung der Grundrechte zu Teilhaberechten bedeute eine "Umkehrung der formulierten und beabsichtigten Regelungsgehalte", weil nämlich gerade Teilhaberechte den Einzelnen in eine totale Abhängigkeit vom Staat brächten[16], wird zunehmend geltend gemacht, ein dem Gedanken des sozialen Rechtsstaates Rechnung tragendes Grundrechtsverständnis verlange, die Grundrechte auch als Teilhabegewährleistungen zu verstehen[17]. Im sozialen Leistungsstaat sei aus der Gewährleistung von Grundrechten auch die Verpflichtung des Staates abzuleiten, die tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der Grundrechte zu schaffen. Auch das BVerfG hat im sogenannten "Numerus-clausus-Urteil"[18] in diesem Sinne ausgeführt: "Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen".

Allerdings ist noch weitgehend ungeklärt, unter welchen Voraussetzungen im einzelnen eine staatlicherseits zu gewährende Vergünstigung oder Leistung sich als gerade aus den Grundrechten abzuleitendes und grundrechtlichen

---

14) Vgl. die Darstellung des gegenwärtigen Diskussionsstandes bei: von Mutius, VerwArch 64, 184 f m. w. N.

15) W. Weber, aaO, S. 412 ff; Hesse, aaO, S. 121; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 7, Rdnr. 86; Barion, DÖV 1966, 367.

16) Erichsen, aaO, S. 59 f.

17) Hans H. Rupp, IZ 1971, 401 f; IZ 1970, 165 ff; Friauf, DVBl. 1971, 674 ff; Häberle, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 43 (69 ff; 90 ff; 112 ff) und DÖV 1972, 729 ff; zur diesbezüglichen Rechtsprechung vgl.: Zacher, AÖR Bd. 93 341 (360 ff).

18) BVerfG U. v. 18.7.1972 - 1 BvL 32/70 und 25/71 - E 33, 303 ff, Leits. 3.

Schutz genießendes Teilhaberecht darstellt, dessen gänzliche oder durch Auflagen bewirkte teilweise Vorenthaltung eine Verletzung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen bedeuten würde.

Einen Lösungsansatz scheint die Unterscheidung zwischen "derivativen" und "originären" Leistungsansprüchen zu bieten; sofern die infrage stehende Vergünstigung sich (noch) als Reaktion auf vorheriges staatliches Handeln darstellt und insoweit "derivativ" ist[19] -wie etwa die Zulassung zum Hochschulstudium, die man als Reaktion auf das beim Staat monopolisierte Hochschulwesen auffassen kann - läßt sich insbesondere unter weiterer Heranziehung des Gleichheitssatzes und des Sozialstaatsprinzips das Recht auf Teilhabe an der vom Staat bereitgestellten Vergünstigung eher als grundrechtlich verbürgte Teilhabe (an den Voraussetzungen für die Ausnutzung grundrechtlich verbürgter Freiheiten) verstehen, als wenn die begehrte Leistung eine in ihrer Art bislang nicht oder von vornherein nur in begrenztem Umfang vom Staat angebotene und insoweit "originäre" Leistung ist[20].

Es ist hier nicht der Platz, die skizzierte Problematik teilhabegewährender Grundrechte näher zu durchleuchten, geschweige denn zu klären. Für die folgende Untersuchung ist es aber wichtig, sich stets zu vergegenwärtigen, daß teilhabegewährende Vergünstigungen in dem jeweiligen Umfang ihrer Anerkennung gerade auch im Hinblick auf die Zulässigkeit von Auflagen, die ihnen beigegeben werden sollen, denselben grundrechtlichen Schutz genießen wie anerkenn-ende Vergünstigungen.

---

19) Vgl. insoweit: BVerfG U v. 18.7.1972 - 1 BvL 32/70 und 25/71 - E 33, 303 ff; von Mutius, VerwArch 64, 188 f; Martens, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 7 (21, 25, 34 ff).

20) Martens, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 7 (25 ff, 34).
Bezüglich originärer Teilhaberechte bemerkt von Mutius (VerwArch 64, 192 f) zu Recht, daß sie nach Inhalt und Wirkung notwendig als "leges imperfecta" aufgefaßt werden müssen, die der jeweiligen Konkretisierung und Ausgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber bedürften, was aber der Grundgesetzgeber mit Art. 1 Abs. 3 gerade habe vermeiden wollen; dementsprechend sei es konsequenter, die Problematik (originärer) Teilhaberechte nicht bei den Grundrechten, sondern unmittelbar bei dem durch den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und andere Wertentscheidungen der Grundrechtsordnung aufgeladenen Sozialstaatsprinzip anzusiedeln, dem - ganz entsprechend - zwar die Bedeutung aktuellen Rechts, einer Staatszielbestimmung, eines verfassungsrechtlichen Leitgrundsatzes oder einer rechtsverbindlichen Auslegungsregel, nicht aber eines unmittelbare Leistungsansprüche des Einzelnen begründenden Rechtssatzes zugemessen würde.

2. Verleihende Vergünstigungen

Diesbezüglich könnte etwas anderes nur gelten für die rein verleihenden Vergünstigungen, die - ohne Teilhaberechte zu sein - vom Staat durch einen Akt originärer Gestaltung erst konstituierend geschaffen werden[21]. Zu ihnen gehören von den auflagefähigen Vergünstigungen insbesondere Beleihungen[22], Privilegierungen[23], positive Leistungsansprüche

---

21) Ernst Rudolf Huber, aaO, S. 680.

22) An ihnen zeigt sich am deutlichsten der Unterschied zu den anerkennenden Rechten: Die den Beliehenen eingeräumten besonderen Befugnisse bedeuten ein beschränktes Stück staatlichen Imperiums, das vom Staat zusätzlich und gewissermaßen unter freiwilligem Verzicht, diese Befugnisse selbst wahrzunehmen, zur Ausübung auf einen anderen übertragen ist (vgl. Ernst Rudolf Huber, aaO, S. 533 ff; Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 386 ff).

23) Ähnlich deutlich lassen sich auch die Privilegierungen von den anerkennenden Vergünstigungen unterscheiden: Bei einer Privilegierung handelt es sich um die Befugnis einer Privatperson, ein dem Staat als Regal zugewiesenes bzw. vorbehaltenes Recht aufgrund staatlichen Verleihungsaktes der Ausübung nach wahrzunehmen; dabei besteht keine Einigkeit, ob dieses vorbehaltene und zu verleihende Regal eine hoheitliche (so z. B.: Ernst Rudolf Huber, aaO, S. 548) oder eine privatrechtliche (so z. B.: Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 389) Kompetenz bedeutet; soweit man in ihm eine hoheitliche Kompetenz erblickt, stellen Privilegierungen eine vom Gegenstand, nämlich der Wirtschaftsbefugnis her bestimmte besondere Art von Beleihungen dar; aber auch soweit man sie als privatrechtliche Kompetenzen begreift, gilt für sie dasselbe wie bei Beleihungen i. e. S., weil man auch dann feststellen kann, daß sie nicht zum Kreis der vorrechtlichen und in der Verfassung anerkannten (negativen) Freiheitsrechte, sondern zum Kreis der darüber hinaus positiv gewährten Befugnisse zählen; denn gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG i. V. m. den die einzelnen Regale konstituierenden gesetzlichen Vorschriften - wie z. B. § 1 Abs. 1 Allgemeines BergG NW (und Art. 68 EGBGB), § 4 Allgemeines EisenbahnG und BundesbahnG oder § 1 FernmeldeanlagenG - werden die in den Regalen verkörperten vermögenswerten Gegenstände grundsätzlich dem Staat vorbehalten und dem Privatmann als Grundlage der Entfaltung bestimmter mit ihnen verbundener bzw. sie ermöglichender (zumeist: Wirtschafts-) Tätigkeitsentfaltung entzogen; zwar können sie ihm kraft besonderen Verleihungsaktes als Privileg zur Ausübung wieder "zurück"-übertragen werden, die "Rück"-Obertragung bedeutet aber nicht die Wiederherstellung einer ursprünglich verfassungsrechtlich anerkannten Freiheit.

im weitesten Sinne[24] (sofern sie eben nicht als Teilhaberechte anerkannt sind) wie auch kraft öffentlichen Rechts gewährte Sondernutzungsrechte[25], die häufig das Kernstück sogenannter "Konzessionen"[26] bilden[27].

---

24) Z. B.: Einbürgerung nach § 8 Reichs- und StaatsangehörigkeitsG, Anerkennung als zulässige Dienststelle nach § 4 des Gesetzes über den zivilen Ersatzdienst.

25) Z. B.: § 8 Abs. 1 - 9 FernstraßenG, § 18 LandesstraßenG NW.

26) Das gilt namentlich für die "Konzessionen" der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen sowie der als Straßenbahn, Kleinbahnen oder O-Buslinien betriebenen Verkehrsunternehmen; diese bedürfen einer Wege- oder Wasser-"Konzession" unabhängig davon, welche Erlaubnis oder Genehmigung ihre eigentliche Wirtschaftstätigkeit, die auf eine gesteigerte Inanspruchnahme von Straße oder Gewässer angewiesen ist, bedarf; weil indes die wege- oder wasserrechtlichen Sonderrechte unter Ausnutzung der Abhängigkeit jener Betriebe von ihnen häufig nur unter einschneidenden und vielgestaltigen Verleihungsbedingungen bzw. -auflagen gewährt werden, haben sie sich praktisch zu einer umfassenden "Betriebskonzession" ausgeweitet (vgl. dazu: Ernst Rudolf Huber, aaO, S. 565 ff).

27) Die Zuordnung einzelner Befugnisse zu den anerkennenden oder verleihenden Rechten macht mitunter erhebliche Schwierigkeiten; so gehört z. B. die Pflegeerlaubnis nach § 28 JugendwohlfahrtsG, nur dann zu den Freiheitsrechten, wenn Art. 2 Abs. 1 GG auch das Recht umfaßt, jedenfalls mit privatrechtlicher Zustimmung der leiblichen Eltern des Pfleglings auch fremde Kinder großzuziehen.

II. Anerkennungsvorgang

1. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Die Betätigung der vorrechtlichen Freiheit darf im Ergebnis unbestrittenermaßen von einem Prüfungsverfahren abhängig gemacht werden[28], anläßlich dessen besonders häufig Auflagen angeordnet werden.

Dabei kann sich der Gesetzgeber zunächst der Technik eines präventiven Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt bedienen. Ein solcher Vorbehalt für die Aufnahme einer erlaubnisbedürftigen Tätigkeit ermöglicht lediglich eine präventive Kontrolle des beabsichtigten Tuns daraufhin, ob es sich im Rahmen des verbliebenen Bestandes an vorrechtlicher Freiheit hält oder die Schranken der gewährleisteten Freiheit überschreiten wird; die zu erteilende Erlaubnis ist nur eine formelle Rechtmäßigkeitskontrolle, nicht ein Akt der Gewährung eines ohne sie nicht bestehenden Rechtes. Sie bedeutet nur die Wiederherstellung der Freiheit, hat aber keinen darüber hinausgehenden Inhalt und gibt insbesondere dem Empfänger nichts Neues hinzu zu dem, was er ohnedies hat[29].

Bei kritischer Betrachtung verbietet aber der Gesetzgeber mit dem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach einer Formulierung Krügers[30] im Grunde genommen mehr

---

28) Dafür prägte Otto Mayer, aaO, S. 249, den Begriff "Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt"; vgl. auch Wolff-Bachof, aaO, S. 402 ff; Schwabe, JuS 1973, 133 ff.

29) So: Otto Mayer, aaO, S. 255; vgl. insbes.: Mussgnug, aaO, S. 87 f; Wolff-Bachof, aaO, S. 403; Forsthoff, aaO, S. 267; Ernst Rudolf Huber, aaO, S. 679 f; Schwabe, JuS 1973, 133 ff; Friauf, JuS 1962, 423; Krüger, DÖV 1958, 673 ff und DÖV 1956, 550 f.

30) Krüger, DÖV 1956, 553; vgl. auch: Schwabe, JuS 1973, 135, der insoweit von einem "Verbotsüberschuß" spricht.

als von vornherein beabsichtigt ist. Zunächst einmal ist es nicht nur bedenklich, eine die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten bedeutende Tätigkeit auf Dauer zu verbieten, sondern auch dies nur vorübergehend bis zum Abschluß des Erlaubnisverfahrens prophylaktisch zu tun[31]. Das Motto "je mehr verboten ist, umso weniger kann passieren"[32] ist zwar zutreffend und wirksam, erscheint aber angesichts grundrechtlich geschützter Tätigkeiten bedenklich. Auch wird die Grenze zwischen Verbotenem und Erlaubtem im Gesetz nicht scharf genug umrissen; der Gesetzgeber schiebt diese Grenze über das im Ergebnis verfassungsrechtlich zulässige Maß soweit vor, daß zunächst von der grundrechtlich geschützten Freiheit nichts mehr übrigbleibt, er überläßt es dann den Verwaltungsbehörden, die Grenze von Fall zu Fall wieder zurückzuverlegen. Da von vornherein feststeht, daß angesichts der Freiheitsvermutung des Art. 2 Abs. 1 GG bzw. eines spezielleren Grundrechts letztlich ein Zustand erreicht werden muß, bei dem die Grenze weit in den Bereich des ursprünglich Verbotenen hineinreicht, kommt der Exekutive die Aufgabe zu, eine gesetzliche Regelung erst zu vervollkommenen, und zwar dauernd, solange wie das Gesetz Anwendung finden soll. Oberspitzt formuliert stellt das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt eine Abdankung der Legislative zugunsten der Exekutive dar[33].

---

31) Schwabe, JuS 1973, 135 mit Hinweis, daß diese Technik im Grundgesetz ausdrücklich nur bei Art. 5 Abs. 1 Satz 3 verwandt sei.

32) Krüger, DÖV 1956, 534.

33) Krüger, DÖV 1956, 534.

Diese Gesetzgebungstechnik gerät ferner in Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebot, demzufolge gesetzliche Regelungen so konkret gefaßt sein müssen, daß die zugebilligten Rechte und insbesondere auch die auferlegten Pflichten von den Adressaten am Gesetzeswortlaut abgelesen werden können[34]. Das nach erfolgtem Erlaubnisverfahren auszusprechende Verbot, eine bestimmte Tätigkeit wahrzunehmen, enthält einen Eingriff in die Rechts- und Freiheitssphäre des Antragstellers[35], der einer in besonderem Maße ausreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Würde sich der Gesetzgeber einer an der Freiheitsvermutung des Art. 2 GG orientierten Gesetzgebungstechnik bedienen, dürfte er strenggenommen nur Gesetze erlassen, welche von der Zulässigkeit grundrechtlich anerkannter Tätigkeiten ausgingen und die Zulässigkeit der Tätigkeit als Regel behandelten; allenfalls dürfte er gemeinschaftswidrige Verhaltensweisen, die etwa den Anforderungen des Art. 80 GG gemäß detailliert umschrieben werden müßten, ausnahmsweise verbieten bzw. beschränken. Durch die kritisierte Gesetzgebungstechnik entzieht sich der Gesetzgeber dem Bestimmtheitsgebot, weil durch die gesetzliche Regelung die anwendende Verwaltungsbehörde der Notwendigkeit, eine bestimmte Tätigkeit zu verbieten, enthoben und statt dessen in die Lage versetzt scheint, Vergünstigungen anstelle von Eingriffen anzuordnen[36]. Auch bringt das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt eine Umkehr der Beweislast mit sich[37]; trotz Geltung der Offizialmaxime im Verwal-

---

34) Wolff-Bachof, aaO, S. 154.
Das Bestimmtheitsgebot ist in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG für gesetzliche Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen konkretisiert. Es gilt seit einer Entscheidung des Bay.VGH (Bay VGH E. v. 27.11.1948 - VfG - VI - 47 - E (n. F.) 1,81)(91) auch nach der Rechtsprechung des BVerfG (B. v. 12.11.1959 - 2 BvL 4, 26, 40/56, 17/57 - E 8, 325) über den unmittelbaren Anwendungsbereich von Art. 80 hinaus auch für Ermächtigungen (an der Executive) zum Erlaß von Einzelakten.
Vgl. auch: Jesch, aaO, S. 218 ff, m. w. N.; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 80, Rdnr. 22.

35) Wolff-Bachof, aaO, S. 404.

36) Krüger, DÖV 1956, 554.

37) Vgl. Dürig, AöR 81; 149 - 151.

tungsstreitverfahren taucht das Problem der materiellen Beweislast auf, die Frage, wer bei einem "non liquet" nach erfolgter Beweisaufnahme unterliegt; bestehen danach Zweifel, ob die Auswertung einer Erlaubnis nicht zu gemeinschaftswidrigen Zuständen führen kann, darf die Erlaubnis nicht erteilt werden, während umgekehrt bei einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Tätigkeit von einem gesetzlich normierten Versagungsgrund keine Anwendung gemacht werden dürfte, wenn nicht sicher wäre, die Ausübung der zulässigen Tätigkeit führe zu gemeinschaftswidrigen Zuständen.[38)]

Bei alledem soll indes nicht übersehen werden, daß sich das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt im Einzelfall auch als großer Vorteil für den Bürger auswirken kann. Es ermöglicht ihm, sich bereits vor der Aufnahme u. U. kostspieliger und arbeitsaufwendiger mitunter erst auf lange Sicht hin rentabler Tätigkeiten zu vergewissern, wie er sich im einzelnen zu verhalten hat, welchen Anforderungen er genügen muß, welche Vorschriften es zu beachten gilt, um gegen die unliebsame Oberraschung eines später erfolgenden "endgültigen Verbots"[39)] seiner Tätigkeit geschützt zu sein.

Wenn man auf die skizzierte Gesetzgebungstechnik nicht schon verzichten kann[40)], gilt es zur Wahrung ihrer Verfassungsmäßigkeit, ihre negativen Auswirkungen im Ver-

---

38) Das begründet Zweifel, ob die Erteilung einer Erlaubnis zur Ausübung vorrechtlich gewährter Freiheitsrechte wirklich als begünstigender Verwaltungsakt verstanden werden kann; immerhin wird durch die Erlaubnis nichts gewährt, was nicht schon vor ihrer Erteilung bestanden hätte; demgegenüber tritt die "Erklärung", von dem Bestand an Rechten auch Gebrauch machen zu dürfen (der Anerkennungsprozeß), an Bedeutung zurück. Die Bedeutung der Erlaubnis bzw. die ihrer Versagung könnte sich darin erschöpfen, das vom Gesetzgeber unvollendet gelassene Verbot zu vollenden, also eine gesetzliche Regelung zu vervollständigen und nicht, darüber hinaus einen begünstigenden Verwaltungsakt zu erlassen (vgl.: Krüger, DÖV 1956, 554).

39) Otto Mayer, aaO, S. 251; Ottmar Bühler, aaO, S. 246.

40) BVerfG B. v. 10.7.1958 - 1 BvF 1/58 - E 8, 71 (76); BVerfG U. v. 5.8.1966 - 1 BvF 1/61 - E 20 (154 ff); Hans Heinrich Rupp NJW 1966, 2037 ff; Schwabe, JuS 1973, 133 ff.

fahren der Anerkennung von Freiheitsrechten weitmöglichst auszuschalten. Es geht nicht an, den Bestand und die Ausnutzbarkeit von Freiheitsrechten mehr oder weniger stark unter der Unvollkommenheit der Gesetzgebungstechnik leiden zu lassen. Dem Bürger sind größtmögliche Sicherheit und Gewähr für den Erhalt der Erlaubnis zu verschaffen, die Verwaltungsbehörden müssen den bekannten Anforderungen an Eingriffsmaßnahmen genügenden Beschränkungen bei der Versagung unterworfen werden. Wenn auch nach dem Gesetzeswortlaut das Verbot die Regel und die Erlaubnis die Ausnahme ist, muß der grundrechtlichen Freiheitsvermutung entsprechend nach erfolgter Anwendung des Gesetzes die Erlaubnis die Regel und das Verbot die Ausnahme sein. Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist durch die Verwaltungsbehörden umzuwandeln in eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt[41]. Als Mittel dazu bietet sich einmal eine gesetzliche Bindung der Verwaltungsbehörden zur Erteilung der Erlaubnis - notfalls beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen bzw. dem Fehlen bestimmter Versagungsgründe - an; diese Bindung könnte nicht nur zur Folge haben, die Vergünstigung der Anerkennung, also die Erlaubnis i. e. S., erteilen zu müssen, sondern dies namentlich auch ohne Einschränkungen, insbesondere Auflagen, und vorbehaltlos zu tun - jedenfalls soweit der Bewerber die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt bzw. keine Versagungsgründe liefert. Als weiteres Korrekturmittel erscheint das Übermaßverbot geeignet; es könnte die Anordnung von Auflagen, die dann als Vergünstigungsmöglichkeit zu verstehen wären, u. U. dort zur Pflicht machen, wo ohne Auflagen die Vergünstigung aus gesetzlichen Gründen versagt werden müßte, weil Voraussetzungen fehlen bzw. Versagungsgründe vorliegen oder aus der Ausnützung der Begünstigung besonders große Gefahren zu entstehen drohen.

---

41) Krüger, DÖV 1956, 555.

Schließlich muß dem Träger des Freiheitsrechtes stets die Möglichkeit eingeräumt bleiben, den Nachweis zu führen, daß in seinem konkreten Fall von Freiheitsbetätigung das Motiv des Gesetzgebers für ein generelles andauerndes Verbot nicht durchgreift[42].
Die entwickelten Grundsätze müssen entsprechend gelten für ein der Einräumung teilhabegewährender Vergünstigungen vorgeschaltetes Prüfungsverfahren[43]; auch die Versagung eines Teilhaberechts wie auch seine Gewährung unter Auflagen berühren grundrechtlich geschützte Rechtspositionen.

2. Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt

Der Rechtsnatur der Freiheitsrechte und der Freiheitsvermutung des Art. 2 Abs. 1 GG bzw. der speziellen Freiheitsrechte weitaus angemessener ist es, wenn ein Gesetz nur solche Tätigkeiten vorbeugend generell untersagt, die erfahrungsgemäß besonders sozialschädlich sind oder typischerweise Gefahren für andere Individuen oder die Allgemeinheit mit sich bringen[44]. Bei derartigen Tätigkeiten wird nur etwas verboten, was sich in aller Regel als Überschreitung der Schranken, welche der Entfaltung der Persönlichkeit von Verfassungs wegen ohnehin Grenzen ziehen, darstellen könnte; soweit sich die Freiheitsbetätigung tatsächlich als gemeinschaftsschädlich auswirkt, verbietet das Gesetz nichts, was grundrechtlich gewährleistet wäre.

---

42) Vgl. Bettermann in Anm. zu BGH B. v. 2.10.1972, DVBl 1973, 182;
Dürig, AöR 81, 149 f, der meint, daß "scheinbar freie Erlaubnisvorbehalte vom generellen Verbot zu gebundenen geworden sind, wenn der Betroffene den Nachweis führt, daß er in concreto bei der Grundrechtsausübung das generelle gesetzliche Einschränkungsmotiv nicht verletzt".

43) Vgl. dazu: BVerfG U. v. 18.7.1972 - 1 BvL 32/70 und 25/71 - E 33, 303 ff, Leits. Nr. 3.

44) Vgl. Wolff-Bachof, aaO, S. 406 f.

Da die gemeinschaftswidrigen Auswirkungen indes nicht von vornherein feststehen, bestehen auch bei dieser Gesetzgebungstechnik durchaus noch Zweifel, ob sie der Freiheitsvermutung voll gerecht wird. Verboten wird nämlich bereits eine Tätigkeit, deren Gemeinschaftsschädlichkeit nicht etwa voll erwiesen ist, sondern die lediglich nach mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit sich gemeinschaftswidrig auswirken kann[45].

Auf derartige gesetzliche Regelungen kann allerdings in der Praxis erst recht nicht verzichtet werden. Wiederum muß das Bestreben dahin gehen, einen Ausgleich für die Nachteile zu schaffen. Dieser Ausgleich besteht vornehmlich darin, im Gesetz Ausnahmebewilligungen oder Dispense[46] von den repressiven Verboten vorzusehen. Dadurch ermöglicht der Gesetzgeber selbst, eine als typisch sozialschädlich angesehene Tätigkeit für einen atypischen Einzelfall zu gestatten[47]. Insbesondere in Anwendung des Übermaßverbotes in seiner Komponente als Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird diskutiert, ob nicht die Verwaltungsbehörde in besonderen Einzelfällen die Pflicht trifft, von diesen gesetzlich vorgesehenen Ausnahmebewilligungs- oder Dispensermächtigungen auch Gebrauch zu machen und Befreiungen zu erteilen[48].

---

45) Vgl. dazu: Schwabe, JuS 1973, 133 ff, der zeigt, daß das präventive Verbot und das repressive Verbot sich lediglich quantitativ voneinander unterschieden, was deutlich werde, wenn man anders als das zum Teil in der herrschenden Lehre geschehe, bei beiden Verboten das jeweils endgültig Verbotene oder das endgültig Erlaubte vergliche (nicht aber beim präventiven Verbot auf die Vielzahl der endgültigen Verbotsaufhebungen, beim repressiven aber auf den weit überwiegenden Teil des endgültig Verbotenen abstelle (S. 135); von diesem Ausgangspunkt her untersucht Schwabe die Vereinbarkeit beider Verbote (und der Gesetzestechniken) mit den Grundrechten (S. 135 ff).

46) Eine Ausnahmebewilligung liegt vor, wenn die Begünstigung auf einem speziellen Ausnahmevorbehalt, der in der ausnahmefähigen Vorschrift selbst enthalten ist, beruht (z.B.: § 3 BannmeilenG, § 7 Abs. 2 BundesbauG), während es sich um einen Dispens handelt, wenn die Begünstigung aufgrund genereller gesetzlicher Ermächtigung zur Befreiung von zwingenden Vorschriften erteilt wird (z.B. § 31 Abs. 2 BundesbauG, § 9 Abs. 8 FernstraßenG); vgl. zur Terminologie: Wolff-Bachof, aaO, S. 407; Mussgnug, aaO, S. 70 f.

47) Wolff-Bachof, aaO, S. 406.

48) Vgl.: Friauf, JuS 1962, 425; Schwabe, JuS 1973, 139;BVerfG B. v. 17.7.1961 - 1 BvL 44/55 -, E 13, 97 (120 f).

§ 5 Berührungspunkte der Unterscheidungskreise

Daß die soeben behandelte Unterscheidung in anerkennende und teilhabegewährende sowie verleihende Vergünstigungen bei der Ermittlung der Zulässigkeitsgrenzen für Auflagen soweit ersichtlich jedenfalls nicht ausdrücklich und primär getroffen wird, dürfte daraus zu erklären sein, daß zwischen ihr und der Unterscheidung in gebundene und ermessensfreie Vergünstigungen insofern ein Zusammenhang besteht, als auf anerkennende und teilhabegewährende Vergünstigungen in der Regel eine volle Einräumungsberechtigung - auf verleihende Vergünstigungen indes durchweg nur ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensbetätigung besteht bzw. bestehen dürfte. Dieser Zusammenhang verdichtet sich aber nicht zur Identität: Zum einen gibt es gesetzliche Regelungen, die den Verwaltungsbehörden insbesondere auch bei der Gewährung anerkennender Vergünstigungen Ermessen einräumen[49]; dies ist bei Befreiungen von präventiven Verboten zwar selten, stellt aber bei Befreiungen von repressiven Verboten sogar die Regel dar[50]! Weil indes sowohl das präventive wie das repressive Verbot die grundrechtlich geschützte Freiheitssphäre tangieren, besteht trotz des eingeräumten Ermessens ein Anspruch auf die Befreiung, wenn deren Versagung übermäßig wäre[51] und deshalb eine Grundrechtsverletzung bedeutete oder auch, wenn das Ermessen an Voraussetzungen geknüpft ist, bei deren Vorliegen jede andere als eine die Befreiung aussprechende Entscheidung sich als ermessensfehlerhaft darstellen

---

49) z. B.: §§ 11, 12 GaststättenG; vgl.: Wolff-Bachof, aaO, S. 404 f; Mussgnug, aaO, S. 89 f; Schwabe, JuS 1973, 138; Ossenbühl, DÖV 1968, 624.
Im übrigen ist umstritten, ob bei Erlaubnissen i. e. S. überhaupt Raum für Ermessen ist; vgl. z. B.: BVerfG B. v. 10.7.1958 - 1 BvF 1/58 - E 8, 71 (76); U. v. 5.8.1966 - 1 BvF 1/61 - E 20, 150 (155), (mit ablehnender Anm. v. Menger-Erichsen, VerwArch 1967, 281-283); ferner: Bettermann, DVBl 1973, 186; Dellian, DVBl 1969, 303-306, die alle ein Ermessen ausschließen wollen.

50) Wolff-Bachof, aaO, S. 406.

51) Wolff-Bachof, aaO, S. 406; Schwabe, JuS 1973, 137 f.

würde[52]. Zum anderen gibt es auch gesetzliche Regelungen, die ein volles subjektives öffentliches Recht auf verleihende Vergünstigungen zusprechen[53].
Soweit auf eine Vergünstigung ein volles subjektives öffentliches Recht besteht, sie also eine gebundene ist, spielt bei der Frage, welche Auflagen der Begünstigung beigegeben werden können, keine Rolle mehr, ob sie eine anerkennende, eine teilhabegewährende oder verleihende ist. Wenn aber die Erteilung der Vergünstigung im Ermessen der Verwaltungsbehörde steht, könnte deren Spielraum zur Anordnung von Auflagen bei anerkennenden und teilhabegewährenden Vergünstigungen enger sein als bei verleihenden. Angesichts dessen ist bei der Ermittlung der Zulässigkeit von Auflagen primär von der Unterscheidung der Begünstigungen in gebundene und ermessensfreie und erst sekundär von der in anerkennende und teilhabegewährende sowie verleihende auszugehen.

Selbstverständlich entscheidet unabhängig von der Art der Einräumungsberechtigung und der Art der Vergünstigung zunächst der Wortlaut einer ausdrücklichen gesetzlichen Auflagenermächtigung über das "Ob" und "Wie" der Zulässigkeit von Auflagen; erst bei inhaltlich wenig oder völlig unbestimmten Auflagenermächtigungen sowie beim Fehlen ausdrücklicher Auflagenermächtigungen (gleichgültig ob diese im Zusammenhang mit gesetzlich geregelten oder gesetzesfreien Vergünstigungen ergehen) kann die Unterscheidung verschiedener Arten von auflagefähigen Vergünstigungen zur Lösung des Problems der Rechtmäßigkeit von Auflagen behilflich werden.

---

52) Vgl. z. B.: OVG Münster U. v. 8.5.1967 - X A 553/65 -, VerwRspr. 19, 327 f (zu § 31 Abs. 2 BundesbauG); OVG Lüneburg U. v. 25.9.1958 - I OVG A 42/58 -, VerwRspr. 12, 23 (30 f) zu § 9 Abs. 1 und 8 FernstraßenG); BVerwG U. v. 14.12.1962 - VII C 140/61 -, E 15, 207 und 211 f und BVerwG U. v. 31.1.1969 - VII C 26/68 - VerwRspr 20, 557 (560) (zu § 3 Abs. 1 NamensänderungsG); BVerwG U. v. 29.4.1964 - IC 30/62 - E 18, 247 (251) (zu § 35 Abs. 2 BundesbauG); Menger, VerwArch 1963, 401 f.

53) Z. B.: § 4 i. V. m. §§ 11, 31, 37, 38 oder 39 BundessozialhilfeG.

3. Kapitel: Typen gesetzlicher Auflagenermächtigungen

Unter Berücksichtigung der Unterscheidung ermessensfreier und gebundener, anerkennender und verleihender Vergünstigungen einerseits und ausdrücklicher und stillschweigender sowie unbestimmter, grob bestimmter und genau bestimmter Auflagenermächtigungen andererseits, gibt es dem (bloßen) Wortlaut gesetzlicher Vorschriften nach folgende Typen von Auflagenermächtigungen:

(A) Vergünstigungen mit ausdrücklichen Auflagenermächtigungen

(I) Ermächtigungen für Auflagen zu gebundenen Vergünstigungen

(1) anerkennender Art

(a) mit fehlender Bestimmung des Auflageninhalts

Beispiel[1]: §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 und 2 BundesbauG[2]

§ 19

(Abs. 1) Innerhalb des räumlichen Geltungsbereiches eines Bebauungsplanes .. bedarf die Teilung eines Grundstücks zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung.

§ 20

(Abs. 1) Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn ...

(Abs. 2) Die Genehmigung kann unter Auflagen erteilt werden.

---

1) Weitere Beispiele: § 15 Abs. 1, 3, 4, 5 Satz 2 StädtebauförderungsG; § 8 Abs. 1, 2 HandwerksO.

2) Zu diesem Typ von Ermächtigungsgrundlagen wird man auch Vorschriften rechnen müssen, die, wie z. B. § 74 Abs. 2 oder § 45 Abs. 4 LandeswasserG NW anordnen, daß eine Genehmigung nur mit Bedingungen oder Auflagen verbunden werden darf, wenn das Wohl der Allgemeinheit es erfordert. Hier ist der gesetzliche Rahmen, innerhalb dessen Auflagen sich halten müssen derart weit, daß er sich im Ergebnis als Fehlen einer Beschränkung für die Zulässigkeit von Auflagen auswirkt; zumindest aber deckt sich die bezeichnete Zulässigkeitsschranke mit einem auch ohne besondere Erwähnung im Gesetz zu beachtenden allgemeinen Gebot an alle Träger hoheitlicher Gewalt, nämlich von ihren Befugnissen nur zum Wohle der Allgemeinheit Gebrauch zu machen und sich jeder belastenden Anordnung zu enthalten, die zum Wohle der Allgemeinheit nichts beiträgt. Die Erwähnung des allgemeinen Gebots stellt sich nicht, worauf es in diesem Zusammenhang ankommt, als spezifische Beschränkung der Zulässigkeit von Auflagen dar.

(b) mit grober Vorzeichnung des Auflageninhalts

Beispiel[3]: §§ 3 Abs. 1 Satz 1, 30 Abs. 1 Satz 1 AußenwirtschaftsG[4]

§ 3

(Abs. 1) Bedürfen Rechtsgeschäfte oder Handlungen nach einer Vorschrift dieses Gesetzes ... einer Genehmigung, so ist die Genehmigung zu erteilen, wenn zu erwarten ist, daß ...

§ 30

(Abs. 1) Genehmigungen können mit Befristungen, Bedingungen, Auflagen und Widerrufsvorbehalten verbunden werden, soweit dies zur Wahrung der nach diesem Gesetz geschützten Belange erforderlich ist.

---

3) Weitere Beispiele: § 3 Abs. 1, 2; § 17 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1 Ziff. 1 und 3 AtomG; § 2 Abs. 1 Satz 1, § 5 Abs. 1 GaststättenG (zum Charakter der Erlaubnis als einer gebundenen vgl. Hoffmann, Gaststättenrecht, § 4 GaststättenG, Bem. 1; BVerwG U. v. 1.3.1957 - I C 22.55 - E 4, 305 (306); §§ 33, 32 Abs. 2 Satz 1 KreditG.

4) Auch solche Ermächtigungsgrundlagen, die zwar nicht ausdrücklich vorschreiben, welchem Zweck Auflagen zu dienen hätten, oder welchen Inhalt und Umfang sie allenfalls haben dürften, die aber - wie z. B. § 9 Abs. 3 BundesfernstraßenG oder § 76 Abs. 2 LandeswasserG NW - für den Erlaß von Auflagen besondere Voraussetzungen aufstellen, gehören in der Regel zu dieser Beispielsgruppe, denn es macht im Ergebnis keinen Unterschied, ob man Auflagen nur unter besonderen Voraussetzungen, die sich auf Zweck, Inhalt oder Umfang erstrecken, für zulässig erklärt, oder ob man anordnet, sie dürften nur bestimmten Zwecken dienen oder einen umschriebenen Inhalt bzw. Umfang haben. Nicht ganz zweifelsfrei ist, ob auch Vorschriften wie z. B. § 18 GewerbeO hierhergehören; die "aufgrund der Prüfung" festzusetzenden Auflagen können streng wörtlich genommen nur solche sein, die Mängel auf denjenigen Sachgebieten abstellen sollen, auf die sich die Prüfung erstreckt hat; insofern könnte § 18 GewerbeO Zweck und Inhalt nicht nur der Prüfung, sondern auch der Auflagen vorschreiben. Man wird die Vorschrift aber lediglich als Gebot verstehen müssen, bei Mängeln auf denjenigen Sachgebieten, die Gegenstand der Prüfung waren, Auflagen beizufügen, nicht aber als Verbot, auch darüber hinaus Auflagen zu erteilen.

(c) mit genauer Angabe des Auflageninhalts

Beispiel[5]: §§ 15 Abs. 1 Satz 1, 16 Abs. 1 und 3 LandesfischereiG NW

§ 15

(Abs. 1) Der Abschluß und die Änderung von Fischereipachtverträgen bedürfen der Genehmigung durch die Fischereibehörde ...

§ 16

(Abs. 1) Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn ...

(Abs. 3) Durch Auflagen ist ferner sicherzustellen, daß der Pächter Fischereierlaubnisverträge in angemessener Zahl abschließt, wobei keine Gegenleistung gefordert werden darf, die in einem Mißverhältnis zum Verkehrswert des übertragenen Rechts steht.

(2) verleihender Art[6]

(a) ohne Bestimmung des Auflageninhalts

Beispiel: §§ 43, 7 Abs. 3 AusländerG

§ 43

Asylberechtigten Ausländern ist nach ihrer Verteilung auf die Länder von der Ausländerbehörde des Aufenthaltsortes, dem der Ausländer von der Landesregierung zugewiesen worden ist, eine Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen.

§ 7

(Abs. 3) Die Aufenthaltserlaubnis kann mit Bedingungen und Auflagen versehen werden.

(b) mit grober Vorzeichnung des Auflageninhalts

Beispiel: §§ 45 Abs. 1 Satz 1, 51 Abs. 2 II. WohnungsbauG

§ 45

(Abs. 1) Werden einem Bauherrn, der ..., zum Bau eines Familienheimes in der Form des Eigenheimes oder ... öffentliche Mittel nach § 42 Abs. 2 oder Abs. 6 bewilligt, so ist ihm auf Antrag ein zusätzliches öffentliches Baudarlehen (Familienzusatzdarlehen) zu bewilligen.

---

5) Weitere Beispiele: § 70 Abs. 3 BauO NW; § 18 Deckungsvorsorge VO zum AtomG.

6) Gebundene verleihende Vergünstigungen sind selten.

§ 51

(Abs. 2)
Die Bewilligung öffentlicher Mittel soll mit Bedingungen oder Auflagen verbunden werden, die der Senkung der Baukosten dienen.

(c) mit genauer Angabe des Auflageninhalts

Beispiel: §§ 7 Abs. 1, 13 FilmförderungsG

§ 7

(Abs. 1) Die Anstalt gewährt dem Hersteller eines programmfüllenden deutschen Films (Referenzfilm) auf Antrag Förderungshilfen für die Herstellung eines neuen programmfüllenden deutschen Films.

§ 13

Die Gewährung der Förderungshilfe soll mit Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, daß

1. der zu fördernde Film zu der bei Inkrafttreten dieses Gesetzes für deutsche Filme üblichen Filmmiete vermietet wird;
2. ...
3. die Vermietung des zu fördernden Films an ein Filmtheater nicht von der Miete eines oder mehrerer ausländischer Filme oder Reprisen abhängig gemacht wird.

(II) Ermessensfreie Vergünstigungen mit Auflagenermächtigungen

(1) anerkennender Art

(a) ohne Bestimmung des Auflageninhalts

Beispiel[7]: §§ 2 Abs. 1, 6 Abs. 1, 10 Abs. 1 KriegswaffenG

§ 2

(Abs. 1) Wer Kriegswaffen herstellen will, bedarf der Genehmigung.

§ 6

(Abs. 1) Auf die Erteilung einer Genehmigung besteht kein Anspruch.

§ 10

(Abs. 1) Die Genehmigung kann inhaltlich beschränkt, befristet und mit Auflagen verbunden werden.

---

7) Weitere Beispiele: § 86 Abs. 6 BauO NW; § 8 Abs. 1 Satz 1, 5 Satz 1 TierschutzG.

(b) mit grober Vorzeichnung des Auflageninhalts

Beispiel[8]: §§ 2, 4 Abs. 2 Ziff. 1 WasserhaushaltsG

§ 2

(Abs. 1) Eine Benutzung der Gewässer bedarf der behördlichen Erlaubnis (§ 7) oder Bewilligung (§ 8), soweit nicht ...9), 10).

§ 4

(Abs. 2) Durch Auflagen können ferner insbesondere

1. Maßnahmen zur Beobachtung oder zur Feststellung des Zustandes vor der Benutzung und von Beeinträchtigungen und nachteiligen Wirkungen durch die Benutzung angeordnet ... werden.

(c) mit genauer Angabe des Auflageninhalts

Beispiel: §§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 2 Ziff. 2 WasserhaushaltsG

§ 2

(s. o.)

§ 4

(Abs. 2) Durch Auflagen können ferner insbesondere

2. Die Bestellung verantwortlicher Betriebsbeauftragter vorgeschrieben ... werden.

---

8) Weitere Beispiele: §§ 30 Abs. 2, 28 Abs. 1 Satz 6 WaffenG; §§ 7 Abs. 1, 2, 17 Abs. 1 Satz 2 AtomG; wohl auch: § 41 Abs. 1, 3 Satz 1 LandesforstG NW.

9) Zum Ermessen der Verwaltungsbehörden bei der Erteilung der wasserrechtlichen Erlaubnis nach § 6 WasserhaushaltsG vgl. Sieder-Zeitler, § 6 WasserhaushaltsG, Rdnr. 2; Gieseke-Wiedemann, § 6 WasserhaushaltsG, Anm. 2.

10) Zum anerkennenden Charakter der Erlaubnis i. S. von § 7 WasserhaushaltsG: Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, S. 517; Sieder-Zeitler, WasserhaushaltsG, § 7, Rdnr. 1.

(2) verleihender Art

(a) ohne Bestimmung des Auflageninhalts

Beispiel[11]: §§ 2 Abs. 1, 7 AusländerG

§ 2

(Abs. 1) Ausländer, die in den Geltungsbereich dieses Gesetzes einreisen und sich darin aufhalten wollen, bedürfen einer Aufenthaltserlaubnis 12).

§ 7

(Abs. 3) Die Aufenthaltserlaubnis kann mit Bedingungen und Auflagen versehen werden.

(b) mit grober Vorzeichnung des Auflageninhalts

Beispiel: §§ 33 Abs. 3, 51 II. WohnungsbauG

§ 33

(Abs. 3) Ein Rechtsanspruch auf Bewilligung öffentlicher Mittel besteht vorbehaltlich der Vorschriften der §§ 45 u. 115 nicht.

§ 51

Die Bewilligung öffentlicher Mittel soll mit Bedingungen oder Auflagen verbunden werden, die der Senkung der Baukosten dienen.

(c) mit genauer Angabe des Auflageninhalts

Beispiel[13]: § 3 Abs. 6 AbfallbeseitigungsG

---

11) Weiteres Beispiel: § 4 Abs. 1 Satz 3 ErsatzdienstG.

12) Zum Ermessen der Verwaltungsbehörden bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach §§ 2, 5, 7 AusländerG vgl.: Schiedermair, AusländerG, G 2, Anm. 8.

13) Weitere Beispiele: § 53 II. WohnungsbauG; § 12 Satz 2 SoldatenurlaubsVO.

§ 3

(Abs. 6) Die zuständige Behörde kann dem Inhaber einer Abfallbeseitigungsanlage, der ..., die Beseitigung dieser Abfälle auf seinen Antrag übertragen, sofern nicht ... Die Obertragung kann mit der Auflage verbunden werden, daß der Antragsteller alle in dem Gebiet dieser Körperschaft angefallenen Abfälle gegen Erstattung der Kosten beseitigt, wenn die Körperschaft die verbleibenden Abfälle nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand beseitigen kann; das gilt nicht, wenn ...

(B) Vergünstigungen ohne ausdrückliche Auflagenermächtigungen[14])

(I) Gebundene Vergünstigungen

(1) anerkennender Art

Beispiel[15]: §§ 3 Abs. 1 u. 2 Satz 1, 15 Abs. 1 VersammlungsG

§ 3

(Abs. 1) Es ist verboten, öffentlich oder in einer Versammlung Uniformen, Uniformteile oder gleichartige Kleidungsstücke als Ausdruck einer gemeinsamen politischen Gesinnung zu tragen.

(Abs. 2) Jugendverbänden, die sich vorwiegend der Jugendpflege widmen, ist auf Antrag für ihre Mitglieder eine Ausnahmegenehmigung von dem Verbot des Abs. 1 zu erteilen.

§ 15

(Abs. 1) Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den Umständen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit unmittelbar gefährdet ist 16).

---

14) Soweit Gesetze die Erteilung von anerkennenden oder verleihenden Vergünstigungen zwingend oder nach Ermessen vorsehen, ohne ausdrückliche Ermächtigungsgrundlagen für die Anordnung von Auflagen zu diesen Vergünstigungen zu enthalten, braucht deren Anordnung noch nicht unter allen Umständen ausgeschlossen zu sein. Derartige gesetzliche Regelungen können vielmehr gewissermaßen "stillschweigend" Auflagenermächtigungen enthalten; diese sind möglicherweise in dem eingeräumten Ermessen zur Erteilung der Begünstigung oder in dem Recht, die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Erteilung zu schaffen bzw. der Erteilung entgegenstehende Versagungsgründe auszuräumen, zu finden (vgl. § 32 Abs. 1 Entwurf eines VerwaltungsverfahrensG).

15) Weitere Beispiele: § 30 GewerbeO; §§ 1 Abs. 2, 2 ApothekenG.

16) Diese Auflagenermächtigung bezieht sich - jedenfalls nicht unmittelbar - auf § 3 Abs. 2 VersammlungsG.

(2) verleihender Art[17]

Beispiel[18]: §§ 4 Abs. 1 Satz 1, 11 Abs. 1 Satz 1, 25 Abs. 1 Bundessozialhilfe G

§ 4

(Abs. 1) Auf Sozialhilfe besteht ein Anspruch, soweit dieses Gesetz bestimmt, daß die Hilfe zu gewähren ist.

§ 11

(Abs. 1) Hilfe zum Lebensunterhalt ist dem zu gewähren, der seinen notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem aus seinem Einkommen und Vermögen beschaffen kann.

§ 25

(Abs. 1) Wer sich weigert, zumutbare Arbeit zu leisten, hat keinen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt.

(II) Ermessensfreie Vergünstigungen

(1) anerkennender Art

Beispiel[19]: § 16 Abs. 1 Apothekengesetz

§ 16

(Abs. 1) Tritt infolge Fehlens einer Apotheke ein Notstand in der Arzneiversorgung ein, so kann die zuständige Behörde dem Inhaber einer nahegelegenen Apotheke auf Antrag die Erlaubnis zum Betrieb einer Zweigapotheke erteilen, wenn dieser die dafür vorgeschriebenen Räume nachweist.

(2) verleihender Art

Beispiel:[20] § 4 Abs. 2 Allgemeines Eisenbahngesetz

§ 4

(Abs. 2) Das Recht, eine neue öffentliche Eisenbahn zu bauen und zu betreiben, kann ... von der obersten Landesverkehrsbehörde an einen Unternehmer verliehen werden, sofern diese ein Verkehrsbedürfnis dafür anerkannt hat.

---

17) Gebundene verleihende Vergünstigungen sind selten.

18) Weiteres Beispiel: §§ 22 ff Allgemeines BergG (v. 24.6.1865).

19) Weiteres Beispiel: § 5 Abs. 3 LandesforstG NW.

20) Weiteres Beispiel: §§ 3, 4, 5 AufenthaltsG/EWG (v. 22.7.1969).

2. Abschnitt: Gesetzmäßigkeitsprinzip und Obermaßverbot in ihrer Bedeutung für Auflagen

1. Kapitel: Inhalt, Problematik und Auswirkungen des Gesetzmäßigkeitsprinzips

§ 6 Inhalt und Problematik des Prinzips

I. Inhalt

Unter dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz versteht man gemeinhin die Ungültigkeit abstrakter Rechtssätze bei Widerspruch gegen höherrangige Rechtssätze und die Fehlerhaftigkeit konkreter Staatsakte bei Widerspruch gegen gültige Rechtssätze (Gesetzesvorrang) sowie das Erfordernis eines gesetzlichen Vorbehalts für jedenfalls solche Maßnahmen der Exekutive, welche die Rechts- und Freiheitssphäre des Bürgers berühren (Gesetzesvorbehalt)[1].
Angesichts von Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG ist es geboten, bei der Suche nach Zulässigkeitskriterien für Auflagen zunächst von diesem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz auszugehen[2].
Soweit ein Gesetz ausdrückliche Auflagenermächtigungen enthält, ist in Beachtung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes in seiner Ausprägung als Gesetzesvorrang in Auslegung der Auflagenermächtigungen zu ermitteln, welche Auflagen die Ermächtigung zuläßt bzw. untersagt[3]. Soweit das Gesetz keine

---

1) Wolff-Bachof, aaO, S. 174 ff; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20, Rdnrn. 124 u. 127.

2) Fachinger, DV 1949, 120; Roellecke, DÖV 1968, 336; Weyreuther, DVBl 1969, 236.

3) Krüger, DVBl 1955, 521, der das Gesetz zutreffend als Schranke für Auflagen bezeichnet.

ausdrücklichen Auflagenermächtigungen beinhaltet, hängt die Antwort auf die Frage, ob gleichwohl Auflagen zulässig sind und welchen Inhalt sie (allenfalls) haben dürfen, weitgehend vom grundlegenden Verständnis des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes in seiner Ausprägung als Gesetzesvorbehalt ab. Dieses Verständnis entscheidet ferner weitgehend über die Rechtmäßigkeit von Auflagen zu ermessensfreien Begünstigungen, bei denen übrigens häufig ausdrückliche Auflagenermächtigungen fehlen[4)].

---

4) Roellecke, DÖV 1968, 335 f, 337.

II. Problematik der Reichweite

1. Theorie vom beschränkten Gesetzesvorbehalt

Das Gesetzmäßigkeitsprinzip läßt sich zunächst verstehen lediglich als Instrument zur Beschränkung und Kanalisierung der staatlichen Eingriffsmacht zum Schutz des Bürgers[5]. Dementsprechend wird für Eingriffe in die Rechts- und Freiheitssphäre des Bürgers ein gesetzlicher Vorbehalt, eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, verlangt. Die insofern nur beschränkte Geltung des Gesetzesvorbehalts wird heute vornehmlich mit der demokratischen Legitimation der Exekutive und dem Fehlen eines Gebots

---

5) Dieser Auffassung entspricht dem Verständnis des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes im 19. Jahrhundert, wo insbesondere der Gesetzesvorbehalt dazu diente, die Machtfülle des Monarchen auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung einzuschränken zugunsten eines Mitwirkungsrechts des Volkes. Da in der konstitutionellen Monarchie deutscher Prägung beim Fehlen einer nachweislichen konstitutionellen Beschränkung der Macht des Monarchen eine Zuständigkeitsvermutung für diesen und seine Exekutive bestand, verblieb dem Monarchen und seiner Exekutive im Bereich der Leistungsverwaltung, innerhalb derer es keine gesetzlichen Kompetenzen gab, weil das Denken des 19. Jahrhunderts allein auf Schutz vor dem Staat ausgerichtet war, die unbeschränkte Verfügungsgewalt. So stellte sich das königliche Verordnungsrecht im Bereich der Leistungsverwaltung gleichermaßen als Korrelat und Ergänzung des beschränkten Gesetzesvorbehalts dar (vgl. Hans Heinrich Rüpp, aaO, S. 114 f, 131 f m. w. N.; Jesch, aaO, S. 204 f, 169 f und, ausführlich, das 3. und 4. Kapitel aaO (S. 74-170). Vor diesem historischen Hintergrund ist es verständlich, wenn der Anwendungsbereich des Gesetzmäßigkeitsprinzips auf den Bereich der gebundenen Eingriffsverwaltung beschränkt wird und auf dem Gebiet der zumeist von der Ermessensfreiheit oder gar Gesetzesfreiheit beherrschten Leistungsverwaltung - ganz parallel zum königlichen Verordnungsrecht - eine gewisse Handlungsfreiheit und Eigenständigkeit der Verwaltung betont wird.

einer totalen Parlamentsdemokratie im Grundgesetz begründet. Weil das Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2 zum Ausdruck bringe, daß das Volk im Bereich der Exekutive unmittelbar durch die Organe der vollziehenden Gewalt seine Staatstätigkeit ausübe, könne gefolgert werden, daß eben gerade kein totaler Gesetzesvorbehalt zum Grundgesetz gewollt sei, welcher die Exekutive zum "stumpfen Befehlsempfänger der Legislative" degradieren würde. Die Exekutive sei infolgedessen auch heute hinsichtlich ihres allgemeinen Verwaltungsauftrages nicht nur unabhängig von gesetzlicher Ermächtigung, "sondern im Kernbereich sogar gegen gesetzgeberische Eingriffe geschützt"[6]. Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz besage nicht, daß die Gesetzesgebundenheit der Exekutive der maßgebliche Geltungsgrund für die Maßnahme der Verwaltung darstelle, sondern - in seiner Komponente als Gesetzesvorbehalt - nur, daß die Gesetzesgebundenheit das Handeln der Exekutive insofern blockieren und sperren könne, als bei vorhandenen gesetzlichen Regelungen Maßnahmen auf der Basis und in Übereinstimmung mit diesen Regelungen ergehen müssen[7].

Für die Zulässigkeit von Auflagen wird, sofern keine Rechtsgrundlage vorhanden ist, "a-majore-ad-minus"[8] folgendermaßen argumentiert: ihre Zulässigkeit folge aus allgemeinen Verwaltungsrechtsgrundsätzen[9], oder: die Befugnis zu ihrer Erteilung folge aus dem gesetzlich umschriebenen Amtsauftrag[10].

---

6) So: Bullinger, aaO, S. 93 ff; vgl. auch: Hans Heinrich Rupp, aaO, S. 125 f.

7) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20, Rdnr. 141.

8) So z. B.: Otto Mayer, aaO, S. 251; Merk, aaO, S. 855; Kormann, aaO, S. 157 f; Ludwig von Köhler, aaO, S. 169; vgl. dazu die Kritik bei: Krüger, DVBl 1955, 451; Wolff-Bachof, aaO, S. 411 f.

9) Z. B.: Peters, aaO, S. 162.

10) Vgl. dazu: Fachinger, DV 1949, 119.

Da die Erteilung der Vergünstigung im Ermessen der Behörde stünde und die Behörde überhaupt nichts zu leisten brauche, könne es ihr erst recht nicht verwehrt sein, den weniger einschneidenden Weg einer Erteilung der Begünstigung unter gleichzeitiger Beifügung von Auflagen zu gehen[11]. Vereinzelt wird vertreten, es dürfe sich auch um Auflagen handeln, die nicht dem Sachbereich des angewandten Gesetzes entstammten; vielmehr seien jedenfalls grundsätzlich alle Auflagen zulässig, die öffentlichen Interessen schlechthin dienten. Von dieser Vermutung ausgehend werden sodann äußerste Zulässigkeitsschranken gesucht[12]. Der Bürger sei in seinen Rechten weder verletzt, wenn ihm die Wohltat gänzlich versagt werde, noch wenn sie ihm infolge Beifügung von Auflagen teilweise vorenthalten würde. Weil die Auflage nicht zwinge, sei es ihm auch unbenommen, auf die Vergünstigung zu verzichten und damit die Auflage für ihn unverbindlich zu machen, sofern er mit ihr nicht einverstanden sei[13]. Insgesamt also verwandelt man "ein Mehr an Belastung des Bürgers in ein Minder an Wohltat" und läßt "die um die Auflage verminderte Wohltat an der Gesetzlosigkeit der vollständigen Wohltat teilnehmen"[14]. Ausdrückliche gesetzliche

---

11) Z. B. Kormann, aaO, S. 157, der allerdings einschränkt, dies gelte nur als Grundsatz, durch den keinesfalls alle Auflagen gerechtfertigt würden;
ferner: Otto Mayer, aaO, S. 261; Ludwig von Köhler, aaO, S. 168 f; Franz Mayer, aaO, S. 89; Wolff-Bachof, aaO, S. 411; Eyermann-Fröhler, HandwerksO, § 22, Rdnr. 13; Marschall, BundesfernstraßenG, § 8, Rdnr. 35; Burghartz, WasserhaushaltsG, § 4, 2; Gieseke-Wiedemann, WasserhaushaltsG, § 4, Rdnr. 5 a); Schütz-Frohberg, BundesbauG, S. 184; Müller, Straßenverkehrsrecht I, § 72 StraßenverkehrszulassungsO, II, Rdnr. 2; Kiekebusch, VerwArch 57, 28; von Mangoldt, VerwArch 37, 124.

12) So: Krüger, DVBl 1955, 518 ff.

13) Vgl.: Krüger, DVBl 1955, 451.

14) Krüger, DVBl 1955, 451.

Auflagenermächtigungen in diesem ermessensfreien Bereich haben dann entweder nur Klarstellungsfunktion oder aber, namentlich bei Anforderungen an den Inhalt von Auflagen, die Bedeutung einer Einschränkung jenes allgemeinen Verwaltungsrechtsgrundsatzes[15].

An der Richtigkeit des Ergebnisses dieser Argumentation bestehen erhebliche Zweifel. Ausgehend von der heute weitgehend überholten Unterscheidung zwischen eingreifender und leistender Verwaltung setzt sie im Grunde genommen einfach voraus, daß sich nicht nur die Gewährung der Begünstigung, sondern auch die Erteilung einer Auflage im Bereich der leistenden Verwaltung abspielt und daß die Auflage als Nebenbestimmung den Charakter der Begünstigung als solcher teilt, obwohl doch gerade die Frage wäre, ob die Behörde mit der Anordnung der (belastenden) Auflage nicht wieder den Boden der Eingriffsverwaltung, für die es einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfte, betritt[16]. Die A-majore-ad-minus-Argumentation würde im übrigen nur einleuchten, wenn aus dem Fehlen eines Leistungsanspruchs des Bürgers ein Leistungsverweigerungsrecht der Verwaltungsbehörde folgte. Zu Recht läßt sich indes mit Roellecke[17] die Frage stellen, ob eine Behörde, wenn ihr der Gesetzgeber bestimmte Summen für die Wohnungsbauförderung zur Verfügung stellt, ohne dem einzelnen Wohnungssuchenden einen Rechtsanspruch darauf zuzusprechen, befugt sein soll, diese Beträge für den Straßenbau oder überhaupt nicht auszugeben. Das Fehlen eines Leistungsanspruchs zugunsten jedes einzelnen

---

15) Z. B.: Fischerhoff, AtomG, § 17, Rdnr. 2, der bemerkt, die Aufzählung der zulässigen Arten von Nebenbestimmungen in § 17 Abs. 1 Satz 2 hätte wegen der Besonderheiten der Materie abschließende Bedeutung; diesen Gedanken wird man m. E. auch auf die gesetzliche Umschreibung des zulässigen Inhalts von Auflagen anwenden können;
vgl. auch Gerhard Huber, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 212, unter Hinweis auf § 4 WasserhaushaltsG.

16) Vgl. dazu: Krüger, DVBl 1955, 387.

17) Roellecke, DÖV 1968, 335.

Bürgers besagt nur, daß die Behörde nicht an jeden einzelnen leisten wird, letztlich also nicht jeder einzelne in den Genuß der Begünstigung kommt. An einige einzelne Bürger aber muß die Behörde nichtsdestoweniger leisten. Es bedarf einer Auswahl einzelner unter mehreren Bewerbern. Solange der Behörde keine rechtmäßigen Auswahlkriterien zur Verfügung stehen, ist es richtiger zu sagen, nicht etwa niemand habe einen Leistungsanspruch, sondern jeder der Bewerber habe einen solchen. Dieser gibt zwar zunächst nur das formelle subjektive öffentliche Recht, bei der Auswahl der zu Begünstigenden wie jedermann behandelt und nicht willkürlich oder sachwidrig ausgeschlossen zu werden[18]. Anders ausgedrückt bedarf also die Versagung der Begünstigung gegenüber einzelnen einer besonderen Rechtfertigung. Für diese reicht es nicht aus, daß der Behörde bei der Erteilung der Begünstigung ein Ermessen eingeräumt ist oder daß es auf dem Gebiet der Leistung überhaupt an einer gesetzlichen Grundlage fehlt; wäre das so, bedürfte der Ausschluß von der Begünstigung keiner tiefsinnigeren Begründung als des Hinweises, der Behörde sei gestattet, nach Ermessen zu handeln. Gegenüber der Vorstellung, der Bürger habe keinen Anspruch auf die Leistung, solange nicht seine Einbeziehung in den Kreis der Begünstigungsempfänger eingetreten sei, erscheint die Annahme zutreffender, der Bürger habe einen Anspruch auf die Leistung, solange nicht der Ausschluß seiner Person von ihrem Empfang in rechtmäßiger Weise erfolgt ist. Die Verwaltungsbehörde versieht auch nicht so sehr den begünstigenden Verwaltungsakt der Gewährung mit Argumenten, weshalb der Empfänger der Wohltat würdig sei,

---

18) Wolff-Bachof, aaO, S. 228 f; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdnrn. 36 u. 37 m. w. N., die darauf verweisen, daß dieses Recht einen Rückgriff auf das materielle Hauptgleichheitsrecht des Art. 3 Abs. 1 GG darstelle.

sondern begründet zumindest ausführlich nur den belastenden Verwaltungsakt der Versagung; damit trägt sie zwar vornehmlich den rechtsstaatlichen Gewährungen umfangreichen Rechtsschutzes Rechnung, sie drückt aber damit zugleich aus, daß trotz eingeräumten Ermessens die Erteilung der Vergünstigung die Regel, die Versagung aber die begründungspflichtige Ausnahme ist.
Vor allem aber basiert die A-majore-ad-minus-Argumentation auf der bezweifelbaren und in zunehmendem Maße angefochtenen These[19], der Ausschluß von gesetzlich vorgesehenen Begünstigungen oder der Verzicht auf sie sei noch kein Eingriff in die Rechtsposition des abgewiesenen Bewerbers. Wenn indes z. B. der Staat in großem Umfang und an eine Vielzahl von Bewerbern, die im Wirtschaftsleben konkurrieren, etwa in Form von Subventionen Vergünstigungen gewährt, kann man für die Frage, ob der Ausschluß eines einzelnen Bewerbers bzw. ein teilweiser Ausschluß mittels Auflagen einen Eingriff in seine Rechtssphäre enthält, der einer Ermächtigungsgrundlage bedürfte, zwei Betrachtungsweisen anwenden: Stellt man nur auf den einzelnen abgewiesenen Bewerber ab, kann man zu der Ansicht gelangen, seine Position habe sich nach erfolgter Versagung der Vergünstigung zwar nicht verbessert aber auch nicht verschlechtert, die Versagung stelle also keinen Eingriff dar; stellt man indes auf den abgewiesenen Bewerber im Verhältnis zu den Empfängern der Begünstigung ab, wird man nicht selten feststellen, der Ausschluß von der Begünstigung bedeute für ihn geradezu den Ruin, die Versagung stelle sich ihm gegenüber also als Benachteiligung, als Eingriff in die durch Art. 12 und Art. 14 GG geschützten Rechtspositionen dar. Entsprechendes würde für eine ungleich gehandhabte Auflagenpraxis gelten können. Derartige Benachrichtigungen wird man nicht einfach als bloß tatsächlich erfolgte, nicht aber als rechtlich ver-

---

19) Vgl. z. B. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20, Rdnrn. 135 ff, m. w. N.; Stern, VerwArch 49, 139 f, m. w. N.

bindlich gewollte abtun können; einmal dürfte eine präzise Abgrenzung zwischen nur tatsächlichen und rechtlichen Nachteilen schwerfallen[20], ferner dient das Gesetzmäßigkeitsprinzip neben den Gewährleistungen von Freiheit und Gleichheit gerade dazu, Freiheit und Gleichheit vor staatlichen Beeinträchtigungen zu schützen[21], weshalb es geboten ist, das Prinzip in einer Weise auszulegen, die seinem Anliegen in größtmöglicher Weise gerecht wird[22].
Jedenfalls wenn und soweit man teilhabegewährende Vergünstigungen anerkennt, ist die A-majore-ad-minus-Argumentation ungeeignet für die Beantwortung der Frage, ob es für Auflagen zu derartigen Vergünstigungen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf; sie ist allenfalls verwendbar, wenn es um die Zulässigkeit von Auflagen zu rein verleihenden Vergünstigungen im oben geschilderten Sinne geht.

2. Theorie vom erweiterten Gesetzesvorbehalt

Wohl hauptsächlich unter dem Eindruck einer Verlagerung des Schwergewichtes der Verwaltungstätigkeit von der Eingriffsfunktion auf die Leistungsfunktion[23] und der damit sichtbar gewordenen Problematik dessen, was überhaupt unter

---

20) Vgl.: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20, Rdnr. 135.

21) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20, Rdnr. 135.

22) Vgl. zur Verfassungsinterpretation: Hesse, aaO, S. 20 ff.

23) Vgl.: Jesch, aaO, S. 178 f, der bemerkt, die moderne Vorbehaltungsproblematik habe sich besonders deutlich in dem weiten Bereich des staatlichen Subventionswesens gezeigt.
Vgl. dazu auch: Ipsen, aaO, S. 20; Köttgen, DVBl 1953, 487.
Vgl. auch die Übersicht bei: Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 169 f.

"Eingriff" zu verstehen ist, mehren sich die Stimmen, welche betonen, unter der Geltung des Grundgesetzes habe sich die defensive Rolle des Gesetzes umgewandelt in eine offensive Funktion, die in der Verpflichtung der Verwaltungsbehörden zum Tragen komme, dem Bürger gegenüber den Gesetzesauftrag - und nur diesen - zu erfüllen und zwar in gewährender und fürsorgender Weise[24].

Ganz entsprechend der Tätigkeitsverlagerung könnte das Gesetzmäßigkeitsprinzip nicht nur Gültigkeit im Bereich der Eingriffsverwaltung haben, sondern auch Beachtung im Bereich der Leistungsverwaltung beanspruchen[25]. Insofern würde sich das Gesetzmäßigkeitsprinzip in seiner Komponente als Gesetzesvorbehalt nicht mehr in einer Schrankenfunktion für staatliche Eingriffe erschöpfen, sondern notwendige Legitimation aller Verwaltungstätigkeit sein. In diesem Sinne wäre das Gesetz nicht mehr subjektive Schranke des Eingreifendürfens, sondern inhaltlicher Maßstab des rechtlichen Müssens, kurz: die (einzige) Legitimation der Verwaltung[26]. Verwaltungstätigkeit dürfte nur ausgeübt werden auf Antrieb des Gesetzes und innerhalb von dessen Schranken[27]. Die Diskussion wird von dieser Seite mit folgen-

---

24) Jesch, aaO, S. 176, meint, die Kompetenzvermutung zugunsten der monarchischen Exekutive sei durch die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes verdrängt; mangels einer Vermutung zugunsten der Exekutive sei diese angewiesen auf die ihr durch die Verfassung zugewiesenen und darüberhinaus durch Gesetz eingeräumten Kompetenzen; allein das Parlament als das vom GG als höchstes ausgewiesene Staatsorgan könne beim Schweigen der Verfassung eine Kompetenzvermutung für sich in Anspruch nehmen, eine verfassungsrechtlich unmittelbare Handlungskompetenz ohne legislative Ermächtigung käme nur für politische Entscheidungen auf Regierungsebene in Betracht;
vgl. auch: Hans Heinrich Rupp, aaO, S. 128 ff.

25) Hans Heinrich Rupp, aaO, S. 128; vgl. auch: OVG Münster U. v. 30.4.1963, DVBl 1963, 860 f.

26) Menger, DÖV 1955, 588.

27) Fleiner, aaO, S. 131; BVerwG U. v. 24.10.1956 - V C 236/54 - E 4, 111 (114).

den Hauptargumenten geführt: Fleiner[28] etwa ist der Ansicht, in der Demokratie gäbe es keine Kompetenzen, die nicht auf die Verfassung oder die auf ihr beruhenden und aus ihr abgeleiteten Gesetze zurückgingen; generell - abstrakte (also gesetzliche) Ermächtigungen seien ihrerseits ein Gebot der Rechtsgleichheit. Rupp[29] schließt von einer Wandlung der Art der Freiheitsgefährdung, die heute nicht so sehr die vom Staat unabhängige Lebens- und Persönlichkeitssphäre bedrohe, sondern in einer Verletzung des Rechtes auf Erhalt der existenznotwendigen (Daseinsvorsorge-) Mittel des nicht mehr autarken Bürgers bestehe, auf das Erfordernis der gesetzlichen Fixierung der staatlichen Leistungen[30]. Imbodens[31] Ansicht beruht im wesentlichen einmal auf die Annahme, das Gesetzmäßigkeitsprinzip dürfe nicht so sehr auf die

---

28) Fleiner, aaO, S. 132, Kritik bei Jesch, aaO, S. 203 f.

29) Hans Heinrich Rupp, DVBl 1959, 84 f; Kritik bei Jesch, aaO, S. 203 f.

30) Ausgehend von Rupps These liegt es an und für sich nahe, schon in jeder Verweigerung vom Staat bereitgestellter Leistungen einen Eingriff im überkommenden Sinne zu sehen, der ja in einer Verletzung der Freiheitssphäre bzw. in der Vorenthaltung einer Begünstigung, auf die ein volles subjektives öffentliches Recht besteht, zu sehen ist.
Vgl. auch: Häberle, DÖV 1972, 729, soweit er ausführt, "daß grundrechtliche Freiheit heute zur Sache staatlicher Organisation und Verfahren wird, und daß ein rationales, d. h. demokratisch legitimiertes und rechtsstaatlich kontrolliertes Verhältnis zur Begrenzung der Freiheit mit Teilhabeaspekten ... gefunden wird".

31) Imboden, aaO, S. 20 u. 41 f; Kritik bei Jesch, aaO, S. 197-201.

Garantie der individuellen Freiheit und des persönlichen Eigentums zurückgeführt werden, sondern vornehmlich auf den Grundsatz der Gewaltenteilung; zum anderen auf dem Gedanken einer Verkoppelung von Leistungen und Belastungen, weil jene nur mittels dieser erbracht werden könnten. Jesch[32] kommt in einem ersten Schritt zu der Erkenntnis, die Kompetenzvermutung zugunsten der monarchischen Exekutive sie durch das Grundgesetz vom Prinzip des Parlamentarismus abgelöst worden, aus der gewandelten Verfassungsstruktur folge die Notwendigkeit einer parlamentarischen Ermächtigung für staatliche Leistungen; in einem zweiten, die Problematik des Art. 80 GG berührenden Schritt, für die erforderliche parlamentarische Ermächtigung genüge nicht der formlose Parlamentsbeschluß, sondern sei ein förmliches Gesetz (u. U. auch das HaushaltsG) notwendig[33]. Roellecke[34] versucht vornehmlich über eine Auslegung des Art. 20 Abs. 3 GG die erweiternde Geltung des Gesetzesvorbehaltsprinzips zu begründen: Art. 20 Abs. 3 binde u. a. die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht und die gesetzgebende Gewalt ihrerseits an die verfassungsmäßige Ordnung; der Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 gäbe nichts dafür her, daß die Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht anderer Natur und von anderer Strenge sein solle als die der gesetzgebenden Gewalt an die verfassungsmäßige Ordnung; ebensowenig es nun gerechtfertigt sei, diese Bindung etwa wegen einer naturgemäßen oder zwangsläufig erforderlichen Eigenständigkeit der Gesetzgebung restriktiv auszulegen, dürfe man auch die Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht einengend nur für den Bereich der Eingriffsverwaltung fordern; das Grundgesetz lasse eben nicht allein

---

32) Jesch, aaO, S. 204 f u. 228 bzw. 226 f.

33) Insoweit im Regelfall a. A.: BVerwG U. v. 21.3.1958 - VII C 6/57 - E 6, 287 f.

34) Roellecke, DÖV 1968, 337 f, insbesondere gegen Bullinger, aaO, S. 93 ff.

eine irgendwie geartete demokratische Legitimation für die Exekutive, die in Art. 20 Abs. 2 lediglich zusätzlich gefordert werde, genügen, sondern binde die Exekutive ausdrücklich an Gesetz und Recht. Nach dem Grundgesetz müsse sich also die vollziehende Gewalt auf eine demokratische Legitimation berufen, wobei als ausreichende demokratische Legitimation jedenfalls grundsätzlich nur das formelle Gesetz in Betracht komme[35].
Zur weiteren Begründung wird auf Art. 80 GG verwiesen, wonach es kein gesetzesunabhängiges Rechtsverordnungsrecht der Verwaltung mehr gäbe, es vielmehr für Rechtsverordnungen der Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfe, gleichgültig, ob die geplante Rechtsverordnung Eingriffe in Rechte und Freiheiten bewirke oder leistende und gewährende Funktion beinhalte[36].

Eine Ausweitung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes gebietet vor allem die Struktur der teilhabegewährenden Vergünstigungen, insbesondere wenn diese "originärer" Natur sind[37].

---

35) Nach Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20, Rdnr. 128 gilt diese Deduktion nicht unmittelbar aufgrund des Wortlauts von Art. 20 Abs. 3, sondern folgt aus der Überlegung, daß eine Bindung der Exekutive an eine besondere legislative Ermächtigung im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, an die auch die Exekutive gebunden sei, als Teil des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips vorausgesetzt sei, was durch die Gesetzesvorbehalte zur Beschränkung der Grundrechte induktiv belegt werde.

36) Vgl. dazu: Hans Heinrich Rupp, aaO, S. 115; Jesch, aaO, S. 175.

37) Vgl. dazu: von Mutius, VerwArch 64, 194; Häberle, DÖV 1972, 735, spricht davon, das Gesetz erfülle insoweit "grundrechtssichernde und -verwirklichende Funktionen".

Die aus den Grundrechten abzuleitenden Teilhabegewährleistungen sind notwendigerweise regelungsbedürftig. Erst die formalgesetzlich erfolgende Konkretisierung ihres Inhalts und Umfangs macht aus ihnen, die weitgehend "leges imperfecta" sind und die sich entgegen der Intention von Art. 1 Abs. 3 GG in facto nur allzu leicht als bloße Programmsätze auswirken, unmittelbare Leistungsansprüche des Einzelnen begründende Rechtssätze[38]. Das hat auch das BVerfG in dem erwähnten "Numerus-clausus-Urteil" mit den Ausführungen anerkannt, eine formal-gesetzliche Grundlage sei erforderlich, weil die Beteiligung an staatlichen Leistungen die notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten sei, und der Gesetzgeber als derjenige, von dessen Entschließung der Umfang des Leistungsangebotes abhänge, selbst die Verantwortung dafür übernehmen müsse,daß als Folge unzureichender Kapazitäten der Kreis der Begünstigungsempfänger unter Inkaufnahme schwerwiegender Ungleichbehandlung eingeschränkt werden müsse[39].
Gerade anläßlich der Suche nach Zulässigkeitskriterien für Auflagen hat Roellecke[40] die Richtigkeit der Auffassung vom erweiterten Gesetzmäßigkeitsprinzip tiefer zu begründen versucht: Er fragt, was die Exekutive überhaupt zum Handeln berechtige, legitimiere. Für ihn reichen Antworten wie "die Natur der Sache"[41], "das demo-

---

38) Vgl. dazu: von Mutius, VerwArch 64, 192 f; Martens, VVDStRL Bd. 30 (1972), 7 (30).

39) BVerfG U. v. 18.7.1972 - 1 BvL 32/70 und 25/71 - E 33, 337.

40) Roellecke, DÖV 1968, 333 ff.

41) In Anspielung auf Krüger (DVBl 1955, 380 ff, 450 ff, 518 ff).

kratische Prinzip"[42], "die Volkssouveränität"[43] oder "die individuelle Freiheit"[44] nicht aus, die Frage befriedigend zu lösen, weil derartige Legitimationsprinzipien allenfalls die Staatsgewalt schlechthin, nicht aber im besonderen die vollziehende Gewalt legitimierten und überdies viel zu unbestimmt und allgemein seien; legitimieren könne die Exekutive vielmehr nur der Grundsatz der Diskussion und Kritik. Beide aber seien ihrerseits nur möglich mit Hilfe von Kriterien oder Maßstäben, weshalb die Exekutive auch nicht maßstabslos und in diesem Sinne frei handeln und entscheiden könne; da es Aufgabe der Legitimation sei, zwischen abstrakten Vorstellungen und konkreten Handlungen, die es zu legitimieren gelte, eine Verbindung herzustellen, käme als geeignetes Kriterium bzw. tauglicher Maßstab auch nur etwas in Betracht, was diese Verbindung herzustellen in der Lage sei; diese Vermittlung müsse "einerseits für alle in dem Sinne institutionell offen sein, daß alle prinzipiell die Möglichkeit hätten, von ihren Wertvorstellungen aus das Ergebnis mitzubestimmen", sie müsse "andererseits diskutabel i. S. v. bestimmt sein". Daraufhin stellt er fest, beiden Kriterien genüge nur das formelle Gesetz. Abgesehen von verfassungsrechtlich verankerten speziellen Ausnahmen gelte daher das Erfordernis des Gesetzesvorbehaltes für die Verwaltung total.
Die Konsequenzen eines als einzige Legitimationsgrundlage für das Exekutivhandeln verstandenen Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes gerade auch für die Rechtmäßigkeit von Auflagen hat außer Roellecke besonders deutlich Giacometti[46] aufgezeigt:

---

42) In Kritik an der Ansicht Bullingers (aaO, S. 93 ff).

43) Zur Kennzeichnung der Meinung von Jesch (aaO, S. 204 f, 228, 226 f).

44) Unter Hinweis auf Hans Heinrich Rupp (DVBl 1959, 84 f).

45) Roellecke, DÖV 1968, 337 ff.

46) Giacometti, aaO, S. 373 ff u. S. 256.

Er meint, die erforderliche Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung von Auflagen sei nicht schon in dem der Verwaltungsbehörde zur Erteilung der Begünstigung eingeräumten Ermessen enthalten; da die Verwaltung dem Bürger keine Pflichten auferlegen dürfe, die nicht im Gesetz vorgesehen seien, bedürfe es auch für Auflagen einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung; das Ermessen zur Erteilung der Begünstigung überlasse der Verwaltungsbehörde lediglich, "ob" sie den Hauptverwaltungsakt erlassen wolle, sage aber nichts darüber aus, "wie" sie ihn erlassen dürfe, namentlich mit oder ohne Auflagen. Daher sei die materielle Rechtsgrundlage für Auflagen in Verwaltungsakten erst vorhanden, wenn ein Rechtssatz der Verwaltungsbehörde ein besonders freies Ermessen einräume, dem Adressaten begünstigender Verwaltungsakte öffentliche Pflichten aufzuerlegen; dabei sei nicht unbedingt erforderlich, daß der Inhalt dieser Auflagen bereits im Gesetz genau vorgezeichnet sei, sondern es genüge, wenn seine Bestimmung den Verwaltungsbehörden überlassen sei; daß eine Norm ein derartiges Ermessen zur Erteilung von Auflagen vorsehe, könne "naturgemäß" und "vielfach" sogar kraft bloßer Auslegung zu bejahen sein[47]. Im Ergebnis unterscheidet sich Giacomettis Ansicht bzgl. des "Ob" der Zulässigkeit von Auflagen kaum von der oben skizzierten herrschenden Meinung.

Natürlich können die Vertreter dieses Verständnisses vom Gesetzmäßigkeitsprinzip nicht daran vorbeisehen, daß es eine Fülle von Tätigkeiten und Handlungen der Verwaltungsbehörden gibt, für die keine gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen vorhanden sind. Das gilt ins-

---

47) Als Beispiel nennt Giacometti in diesem Zusammenhang Auflagen zur Schaffung besonderer gesetzlicher Voraussetzungen für die Begünstigung; für derartige Auflagen ist m. E. allerdings eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorhanden; sie ist in den gesetzlich normierten Voraussetzungen zu sehen.

besondere für das weite Gebiet des staatlichen Subventionswesens, an dem die Problematik des Gesetzesvorbehaltes vornehmlich erkennbar geworden ist[48]. Sie müssen ferner mit der Schwierigkeit fertig werden, wie einem erweiterten und ernstgenommenen Gesetzmäßigkeitsprinzip Rechnung getragen werden soll bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, bei der Einräumung von Ermessen oder auch bei lückenhaften gesetzlichen Regelungen[49]. Im Ergebnis besteht mit den Anhängern des eingeschränkten Gesetzmäßigkeitsprinzips Einigkeit darüber, daß der Exekutive noch genügend Spielraum für eigenes Handeln, eigene Entscheidung, verbleiben müsse. Roellecke[50] sieht in dem Gesetz nur eine allgemeine Grenze, innerhalb derer noch Spielraum bestünde, und deshalb sei der Weg vom Gesetz zur konkreten Anwendungshandlung als ein Vorgang zu begreifen, dessen Ergebnis vom Gesetz allein noch nicht eindeutig bestimmt sei; das Gesetz bedürfe der selbständigen Entscheidung des Verwaltungsbeamten, anders sei eine auch nur annähernde Verwirklichung des Willens des Gesetzgebers nicht möglich[51]. Giacometti[52] verlangt zwar, die Gesetze müßten die einzelne Verwaltungsmaterie soweit als möglich und praktisch sinnvoll detailliert und intensiv durchnormieren, die wahrzunehmenden Aufgaben genau bestimmen, die Voraussetzungen und Modalitäten des

---

48) Vgl. dazu: Menger, aaO (Verwaltungsrichtlinien), 307 ff; Jesch, aaO, S. 175 ff, 206 ff, 213 ff.

49) Vgl. dazu: Jesch, aaO, S. 224 f; Giacometti, aaO, S. 256 f u. 264.

50) Roellecke, DÖV 1968, 338.

51) Roellecke führt dazu im einzelnen aus: Als Ergebnis eines Gesetzgebungsverfahrens sei das Gesetz Sprache und als Sprache nicht sich selbst ausführend, sondern "Ausdruck der Differenz zwischen Sprache und handgreiflicher Wirklichkeit, Ausdruck des Unvermögens, die natürlich, sinnlich-wahrnehmbare Wirklichkeit unmittelbar zu wollen und zu denken".

52) Giacometti, aaO, S. 256 f; vgl. auch: aaO, § 18 (S. 272-283).

Verwaltungshandeln eingehend regeln und Generalklauseln, Kompetenznormen und Ermessenseinräumungen weitgehend verdrängen; er stellt aber auch fest, das Legalitätsprinzip könne vernünftigerweise nicht in größerem Maße detaillierte gesetzliche Regelungen der einzelnen Verwaltungsmaterien bieten, als dies die praktischen Möglichkeiten für den betreffenden Verwaltungsgegenstand überstiege.

3. Vermittelnder Vorschlag für Anforderungen an Auflagenermächtigungen

Angesichts der im Vordringen befindlichen Meinung, das Vorbehaltsprinzip gelte heute unbeschränkt oder beanspruche doch zumindest einen ungleich weiteren Anwendungsbereich als früher, scheint es geboten, für die Frage, ob es für Auflagen stets einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, danach zu differenzieren, inwieweit die mit der Auflagenanordnung verbundene teilweise Vorenthaltung der Begünstigung im Einzelfall einen Eingriff in die Rechts- und Freiheitssphäre des auflagebeschwerten Bewerbers bedeutet oder doch zumindest Gefahr läuft, zu einem solchen Eingriff zu führen[53].

Das ist zunächst unbestrittenermaßen der Fall, wenn Auflagen zu gebundenen begünstigenden Verwaltungsakten ergehen, denn die Nichterfüllung eines gesetzlichen Anspruchs bedeutet stets einen Eingriff in den von Gesetzes wegen eingeräumten Bestand an Rechten[54]. Auflagen zu ge-

---

53) Vgl. dazu das Vorgehen bei: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20, Rdnrn. 130-146.

54) Kormann, aaO, S. 150; Ludwig von Köhler, aaO, S. 168; Franz Mayer, aaO, S. 89 f; Merk, aaO, S. 855; Fachinger, DV 1949, 120;
so auch: § 32 Abs. 1 Entwurf eines VerwaltungsverfahrensG (1973).

bundenen Begünstigungen bedürfen daher ohne weiteres und unabhängig von dem derzeitigen Streit um die Reichweite des Vorbehaltsprinzips einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Bei Auflagen zu ermessensfreien Vergünstigungen erscheint eine Unterscheidung zwischen anerkennenden und teilhabegewährenden sowie verleihenden Vergünstigungen angebracht: Für die in das Ermessen gestellten anerkennenden Vergünstigungen wie Befreiung von präventiven Verboten, ist stets zu beachten, daß eine Versagung solcher Tätigkeiten, die es nicht verdienen, im Regelfall verboten zu werden und endgültig verboten zu bleiben, zumindest stets Gefahr läuft, die Rechts- und Freiheitssphäre des Bürgers zu beeinträchtigen[55]. Beschränkungen dieser grundrechtlich geschützten Sphäre bedürfen aber wie durch die in den Grundrechten vereinzelt enthaltenen Gesetzesvorbehalte belegt und durch Art. 19 Abs. 2 GG bestätigt wird, stets einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage[56]. Darin liegt der Grund, weshalb Erlaubnisse i. e. S. durchweg gebundene Begünstigungen sind und diskutiert wird[57], ob es überhaupt ermessensfreie Erlaubnisse i. e. S. geben dürfe. Ausnahmebewilligungen und Dispense, Befreiungen von repressiven Verboten, werden zwar einerseits erteilt in bezug auf Tätigkeiten, die in aller Regel und aller Wahrscheinlichkeit nach sozialwidrig, gemeinschaftsschädlich sind und deshalb die Schranken grundrechtlicher Gewährleistungen überschreiten; andererseits werden sie nur erteilt, ja dürfen sie nur erteilt werden, wenn im Einzelfall keine sozialwidrigen Folgeerscheinungen zu befürchten sind[58]. Die dann aufgrund einer Ausnahmebewilligung oder eines Dispenses aufgenommene Tätigkeit bedeutet indes nichts

---

55) Vgl. oben, S.23 ff und 30 f.

56) Vgl. dazu: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20 Abs. 3, Rdnr. 132.

57) Vgl. oben, S. 30 , Fußn. 49.

58) Wolff-Bachof, aaO, S. 406.

anderes als die vorrechtlich gewährleistete und im Einzelfall die Gewährleistungsschranken nicht überschreitende Freiheit[59]. Rein theoretisch hängt der Charakter ein und derselben ausgeübten Tätigkeit als negatives Freiheitsrecht oder sonstige Befugnis davon ab, ob die Tätigkeit erlaubt wird oder nicht, genauer: erlaubt werden darf oder nicht; das wiederum hängt davon ab, ob die beabsichtigte Tätigkeit sich innerhalb der Freiheitsschranken halten oder diese überschreiten wird. Damit steht fest, daß auch die Versagung von Ausnahmebewilligungen oder Dispensen zumindest stets Gefahr läuft, die grundrechtlich gewährleistete Freiheitssphäre zu beschränken. Angesichts dessen wird man auch für Auflagen zu Ausnahmebewilligungen und Dispensen eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verlangen müssen. Nach Ansicht des BVerwG[60] bedarf es einer gesetzlichen Ermächtigung, wenn die Gewährung von Begünstigungen und die Anordnung von Belastungen in enger "Gemengelage" liegen; diesen Gedanken wird man bei Ausnahmebewilligungen und Dispensen entsprechend anwenden können.
Auch für Auflagen zu teilhabegewährenden Vergünstigungen muß man eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verlangen, weil auch die durch Auflagen bewirkte teilweise Vorenthaltung der Vergünstigung zu einer Grundrechtsverletzung führen kann und nur der (förmliche) Gesetzgeber befugt ist, die Grenzen grundrechtlich geschützter Gewährleistungen zu bestimmen[61].

---

59) Vgl. oben, S. 28 f.

60) BVerwG U. v. 21.3.1958 - VII C 6/57 - E 6, 282 (288).

61) Vgl. dazu: BVerfG U. v. 18.7.1972 - 1 BvL 32/70 und 25/71 - E 33, 303, m. Anm. v. von Mutius, VerwArch 64, 194.

Es soll indes eingeräumt werden, daß es nicht unbedingt einer ausdrücklichen gesetzlichen Auflagenermächtigung bedarf, diese vielmehr auch - entgegen der Ansicht Giacomettis[62] - insoweit "a-majore-ad-minus" - in dem eingeräumten Ermessen zur Erteilung der Ausnahmebewilligung bzw. des Dispenses gefunden werden kann. Im Ergebnis besteht dann natürlich jedenfalls kein großer Unterschied mehr zu der A-majore-ad-minus-Argumentation, ein kleiner Unterschied besteht indes doch, und zwar in zweifacher Hinsicht: Einmal vergegenwärtigt die hier vertretene Konstruktion viel deutlicher als jene Theorie die zunehmende Geltung des Gesetzesvorbehaltsprinzips; zum anderen deutet sie an, daß die im Ermessen liegenden "stillschweigenden" Auflagenermächtigungen denselben Anforderungen genügen müssen wie die ausdrücklichen Ermächtigungen; das hat Konsequenzen im Hinblick auf den anschließend zu behandelnden Bestimmtheitsgrundsatz und das damit wiederum zusammenhängende Gebot der Wahrung eines ausreichend engen Sachzusammenhangs zwischen Auflagen und der gesetzlichen Regelung, aufgrund derer sie ergehen.
Lediglich bei ausschließlich sich als solche auswirkenden Begünstigungen - und das sind die ermessensfreien verleihenden - kann der A-majore-ad-minus-Argumentation in vollem Umfang gefolgt werden; die zu ihnen angeordneten Auflagen bedürfen keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Damit soll die Geltung des Gebotes der Wahrung ausreichend engen Sachzusammenhangs allenfalls aus Gründen, die auf dem Gesetzmäßigkeitsprinzip in seiner Ausprägung als Gesetzesvorbehalt beruhen, nicht aber auch schon aus sonstigen Gründen ausgeschlossen werden.

---

62) Giacometti, aaO, S. 373 ff u. 256.

III. Problematik der Bestimmtheit gesetzlicher Auflagenermächtigungen

1. Funktion, Inhalt und Problematik des Bestimmtheitsgebotes

Dem Gesetzmäßigkeitsprinzip in seiner Ausprägung als Gesetzesvorbehalt wird erst dann annähernd Rechnung getragen, wenn die erforderlichen Ermächtigungen ausreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar sind[63]. Erst dadurch gelingt es, ein größtmögliches Maß an Rechtssicherheit und (materieller) Gerechtigkeit zu erreichen[64]; denn erst wenn Ermächtigungsgrundlagen das Handeln der Exekutive nach Voraussetzungen, Inhalt und Umfang zumindest in großen Zügen vorzeichnen, wird das Tätigwerden der Exekutive für den Bürger einmal voraussehbar und meßbar; dadurch wird ihm eine gewisse Rechtssicherheit gegeben vor Maßnahmen, die nach dem Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage nicht mehr erwarten zu werden brauchen, geschützt zu sein und sich auf Maßnahmen, welche durch die Ermächtigungsgrundlage gedeckt sind, einstellen zu können. Die so vom Gesetzgeber bestimmten Bedingungen und Kriterien für das Handeln der Exekutive gewährleisten gleichzeitig, daß den Bürger die von Gesetzes wegen zugedachten Vor- (und Nach-) Teile auch wirksam erreichen, denn sie geben notfalls den Gerichten eindeutige Maßstäbe an die Hand[65], zu entscheiden, ob die Exekutive jedem

---

63) Vgl.: Wolff-Bachof, aaO, S. 183 f; Jesch, aaO, S. 213-234;
BVerfG U. v. 20.7.1954 - 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5. 9/53, 96, 114/54 - E 4, 7 (21); BVerfG B. v. 12.11.1958 - 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57 - E 8, 275 (307 ff).

64) Vgl.: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 80, Rdnr. 9.

65) Nawiasky, aaO, S. 121.

das "suum cuique" gewährt und damit zur Herstellung der Gerechtigkeit beigetragen hat.
Dementsprechend wird das Erfordernis der Voraussehbarkeit und Meßbarkeit exekutiven Handelns vornehmlich auf das Gesetzmäßigkeitsprinzip selbst[66], auf das Gewaltenteilungsprinzip[67], auf den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit[68] sowie auf das in Art. 19 Abs. 4 GG ausgesprochene Gebot der Gewährung umfassenden Rechtsschutzes gegenüber Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt[69] gestützt; ferner wird zur Begründung des Erfordernisses namentlich für Eingriffsmaßnahmen auch auf den Schutz der Grundrechte abgestellt[70]. Eine Konkretisierung hat das Bestimmtheitsgebot in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG in Bezug auf Vorschriften, die zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigen, erfahren. An Ermächti-

---

66) So z. B.: BVerfG B. v. 12.11.1958 - 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57 - E 8, 275 (325); BVerwG U. v. 20.5.1955 - VC 14/55 - E 2, 114 (121).

67) BVerfG B. v. 12.11.1958 (vgl. Fußnote 66) E 8, 275 (325 f).

68) So z. B.: BVerfG B. v. 12.11.1958 (vgl. Fußnote 66) E 8, 275 (325); BVerfG B. v. 3.2.1959 - 2 BvL 10/56 - E 9, 137 (147); BVerwG - U. v. 20.5.1955 (vgl. Fußnote 66) E 2, 114 (121).

69) So z. B.: BVerfG B. v. 12.11.1958 (vgl. Fußnote 66) E 8, 275 (326); BVerwG U. v. 20.5.1955 (vgl. Fußnote 66) E 2, 114 (121);
Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 80, Rdnr. 9.

70) Vgl.: Jesch, aaO, S. 210, m. w. N., u. S. 213 ff.

gungsgrundlagen im Bereich der Leistungsverwaltung und bei Ermächtigungsgrundlagen für Maßnahmen wirtschaftslenkenden Charakters scheint das BVerfG dabei geringere Anforderungen zu stellen als bei Ermächtigungen im Bereich der Eingriffsverwaltung[71].

Die Problematik des Gebotes liegt - ganz parallel zur Frage der Reichweite des Gesetzesvorbehaltes - einmal in der Frage, ob und in welcher Strenge es auch für begünstigende Maßnahmen gilt[72] und zum anderen in der Frage, wie weit das Gebot konkretisiert werden muß[73]. Wann eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hinreichend konkret gefaßt ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich umschrieben. Die Skala der Anforderungen reicht von der für eine strenge Auffassung stehenden Formulierung des BVerwG[74], die den Verwaltungsbehörden erteilten Ermächtigungen zu belastenden Verwaltungsakten müßten so begrenzt und bestimmt sein, daß vorausgesehen werden könne, in welchen Fällen und mit welchem Sinn und Zweck von ihnen Gebrauch gemacht werden könne und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung getroffenen Maßnahmen haben würden, bis zu der großzügigeren Ansicht von Hans J. Wolff[75], der es für ausreichend hält, "wenn Inhalt und Zweck der Ermächtigung erkennbar und diese nicht maßlos" sei.

---

71) Vgl. z. B.: BVerfG U. v. 20.7.1954 (vgl. Fußn. 63) E 4, 7 (22); Jesch, aaO, S. 217, m. w. N.

72) Vgl. dazu: Jesch, aaO, S. 226 ff.

73) Vgl. dazu: Jesch, aaO, S. 226 ff; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20 Abs. 3, Rdnr. 136.

74) BVerwG U. v. 20.5.1955 (vgl. Fußn. 66) E 2, 114 (Leits. 1), mit Kritik von: Hans J. Wolff, aaO, S. 183.

75) Wolff-Bachof, aaO, S. 183.

2. Auflagenermächtigungen und Bestimmtheitsgebot

Das Bestimmtheitsgebot gilt auch für die belastenden Auflagen soweit diese nach dem Gesetzmäßigkeitsprinzip in seiner Ausprägung als Gesetzesvorbehalt einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfen. Sowohl die inhaltlich zunächst stets völlig unbestimmten "stillschweigenden" als auch die ausdrücklichen gesetzlichen gänzlich unbestimmten oder nur grob bestimmten Auflagenermächtigungen müssen mittels eines allgemein gültigen Maßstabes konkretisiert und präzisiert werden, um dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot gerecht zu werden[76] und dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit zu entgehen[77]. Eine Konkretisierung ist allenfalls ent-

---

76) So insbesondere: von Köhler, BB 1961, 1355, für Auflagen im Bereich des Kartellrechts, mit der Begründung, kartellrechtliche Auflagen seien Eingriffe, die nach der Rechtsprechung des BVerfG rechtssatzmäßig normiert sein müßten; da die Auflagenermächtigung in § 11 Abs. 3 KartellG inhaltlich unbestimmt sei, könnten auf ihrer Grundlage keine über die z. B. in § 5 Abs. 2 KartellG gesetzlich bereits normierten Anforderungen hinausgehende Auflagen angeordnet werden, denn dannfehle es an einer rechtssatzmäßigen Bestimmung des Auflageninhalts; vielmehr begrenze der Tatbestand des § 5 bei Erlaubnisanträgen für Rationalisierungskartelle Voraussetzungen und Inhalt zulässiger Auflagen; bei einer großzügigeren Auslegung sei § 11 Abs. 3 KartellG verfassungswidrig. Zum Verständnis dieses Gedankenganges ist notwendig, sich klarzumachen, daß bereits das (präventive) Erlaubniserfordernis für das Rationalisierungskartell die Freiheitssphäre zumindest berührt und deshalb die Erteilung der Erlaubnis nicht etwa nur eine Rechtswohltat darstellt, in welcher die Befugnis begründet liegen könnte, sie durch Auflagen zugleich teilweise vorzuenthalten.
Vgl. auch insoweit: von Köhler, aaO, mit Kritik an Krüger, DVBl 1955, 387 ; ebenso: Gerhard Huber, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 211-217 (ebenfalls für kartellrechtliche Auflagen); ferner Weyreuther, DVBl 1969, 236.

77) Vgl.: Roellecke, DÖV 1968, 340.

behrlich, wenn man sich auf den hier in dieser pauschalen Form[78] für unrichtig erklärten Standpunkt stellt, Auflagen im Bereich der ermessensfreien Verwaltung seien keine Eingriffe, für sie gelte also der Grundsatz nicht[79]. Einen weiteren Versuch, dem Bestimmtheitsgebot zu entkommen, unternimmt Krüger[80]: Für ihn konkurriert das Bestimmtheitsgebot mit dem Übermaßverbot; die vollständige Verweigerung der Begünstigung sei Übermaß, wenn eine Gewährung unter Auflagen möglich sei. Es verstoße gegen das Übermaßverbot, von einer Gewährung der Begünstigung unter Auflagen deshalb abzusehen und die Wohltat gänzlich zu versagen, weil eine inhaltlich hinreichend genaue gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für Auflagen fehle; angesichts dessen könne man sie nicht verlangen. Diese Argumentation hilft allenfalls weiter, wenn es um die Zulässigkeit solcher Auflagen geht, die Hindernisse für die Gewährung der Begünstigung aus dem Wege zu räumen bestimmt und geeignet sind; für die Zulässigkeit von Auflagen zu anderen Zwecken gibt sie nichts her, was Krüger selbst einräumt. Für derartige Auflagen stellt er nun - zögernd und selbst zweifelnd - zur Diskussion, den "Schluß vom Zweck auf die Mittel" als Surrogat für das Bestimmtheitsgebot fungieren zu lassen.

---

78) Z. B. sind Auflagen zu ermessensfreien Erlaubnissen i. e. S., wenn sie sich nicht (ausnahmsweise) als Vergünstigung darstellen, sicherlich Eingriffe.

79) So die Vertreter der A-majore-ad-minus-Argumentation (namentlich auch für Auflagen zu ermessensfreien anerkennenden Begünstigungen).

80) Krüger, DVBl 1955, 451 f. der Bedenken gegen die These anmeldet, Auflagen im Bereich ermessensfreier Verwaltung seien keine Eingriffe, und der folglich dem Bestimmtheitsgebot Rechnung tragen muß.

Diese Maxime ist indes ein Musterbeispiel für Unbestimmtheit und schlechthin ungeeignet, das Bestimmtheitsgebot zu vertreten. Krügers Hauptanliegen ist es, aus praktischen Gründen den Anwendungsbereich von Auflagen nicht mehr als notwendig einzuschränken. Insbesondere für das Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts verlangt er[81], die Verwaltung müsse mindestens in Gestalt einer subsidiären Vollmacht über die Möglichkeit verfügen, wirtschaftspolitische Maßnahmen treffen zu können; die im Bereich des Polizeirechts erforderliche Funktion einer Generalklausel könne in der gewährenden Wirtschaftsverwaltung von dem Institut der Auflage übernommen werden; die Auflage sei als diejenige Reserve anzusehen, die es einzusetzen gelte, wenn ein bestimmter Zweck unbedingt erreicht werden müsse und nur die Auflage diesen Zweck sicherstellen könne; zwar sei es wünschenswert, daß auch im Bereich der Wirtschaftsverwaltung in aller Regel nur Auflagen angeordnet würden, die gerade mit den Anliegen des angewandten Gesetzes korrespondierten; wenn es aber eine vernünftige, weitsichtige und gemeinwirksame Wirtschaftspolitik gebieterisch verlange, müsse es der Verwaltung ausnahmsweise auch gestattet sein, Auflagen um der Erreichung von Zielen willen zu machen, die nicht dem anzuwendenden, ja vielleicht in keinem Gesetz vorgezeichnet seien, über deren Bedeutung sich die Wirtschaftsverwaltung aber selbst ein begründetes Urteil gebildet und für deren Verfolgung sie sich in eigener Verantwortung entschieden habe.

Die Problematik der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit von Auflagenermächtigungen liegt gerade darin, einen Kompromiß zwischen rechtsstaatlichen Anforderungen an den Inhalt

---

81) Krüger, DVBl 1955, 523; vgl. auch: Stein, aaO, S. 83 ff.

gesetzlicher Ermächtigungen zu belastenden Maßnahmen einerseits und praktischen Anforderungen an die Elastizität gesetzlicher Regelungen zu finden. Ein Konkretisierungsmaßstab für Auflagenermächtigungen muß sowohl jenem Erfordernis genüge tun und insoweit möglichst eng und konkret sein und andererseits diesem Anliegen Rechnung tragen und insoweit möglichst viel Spielraum belassen[82], um die Verwaltungsbehörden instand zu setzen, erforderlichenfalls durch Auflagen dem Einzelfall mit seinen besonderen Merkmalen und Eigentümlichkeiten gerecht zu werden.

3. Konkretisierungsmaßstab "Sachzusammenhang"

Als in dem geschilderten Sinne geeigneter Konkretisierungsmaßstab für Auflagenermächtigungen bietet sich die These vom Erfordernis eines genügend engen Sachzusammenhangs zwischen gesetzlicher Regelung, aufgrund deren der begünstigende Verwaltungsakt ergeht, und der belastenden Auflage an.
Ist nach der Rechtsprechung des BVerfG[83] eine gesetzliche Bestimmung, also auch eine die zu Auflagen ermächtigt, solange nicht verfassungswidrig, als sie verfassungskonform ausgelegt werden kann[84], gilt es, sie mit den Er-

---

82) Das Erfordernis der Enge i. d. S. betontRoellecke, DÖV 1968, 339 f, das der Weite betont Krüger, DVBl 1955, 552 f.

83) BVerfG B. v. 11.2.1958 - 2 BvL 21/56 - E 7, 267 (273 f); BVerfG B. v. 12.11.1958 (vgl. Fußn. 66) E 8, 274 (324 ff); BVerfG U. v. 14.7.1959 - 2 BvF 1/58 - E 10, 20 (51 f); BVerfG B. v. 27.11.1962 - 2 BvL 13/61 - E 15, 153 (160 f).

84) Vgl. auch: Roellecke, DÖV 1968, 340; Schwabe, JuS 1973, 140 f.

fordernissen der Voraussehbarkeit und Meßbarkeit der auf ihrer Basis ergehenden Maßnahmen in Einklang zu bringen; man muß sie verfassungskonform interpretieren. Es genügt den Erfordernissen, wenn sich Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung aus dem ganzen Gesetz ermitteln lassen. Wichtig erscheint, daß eben gerade das anzuwendende Gesetz und nicht irgendein anderes genügend Kriterien für die Konkretisierung der Ermächtigungsnorm bietet. Eine Ermächtigungsgrundlage für Auflagen ist unter Berücksichtigung dessen nur dann mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar, wenn sie so ausgelegt werden kann, daß die mit der Auflage zu verfolgenden Ziele und Zwecke sowie der Umfang der Auflage aus dem betreffenden Gesetz ablesbar sind. Deshalb können nur solche Auflagen zulässig sein, die sich nach Ziel und Zweck, Inhalt und Ausmaß an dem Gesetz orientieren, bei dessen Anwendung sie angeordnet werden. Mit anderen Worten: sie müssen auf jeden Fall in einem ausreichend engen Sachzusammenhang mit dem betreffenden anzuwendenden Gesetz stehen[85]. Die Wahrung ausreichend engen Sachzusammenhangs stellt sich als Mindesterfordernis dar, um dem Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen.
Wie dieser immerhin noch recht weite und unbestimmte Maßstab stärker präzisiert werden kann, soll in einem eigens dieser Problematik gewidmeten Kapitel gezeigt werden.

---

85) Roellecke, DÖV 1968, 340.

§ 7 Auswirkungen des Prinzips

I. Auswirkungen bei gebundenen Begünstigungen

1. Mit ausdrücklicher Auflagenermächtigung

Bei gebundenen Begünstigungen anerkennender und teilhabegewährender sowie verleihender Art bedürfen Auflagen in aller Regel (von drei Sonderfällen abgesehen) stets einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, weil sich die mit der Auflagenanordnung bewirkte teilweise Vorenthaltung oder Schmälerung der Begünstigung wegen der bestehenden gesetzlichen Pflicht, sie vorbehaltlos zu erteilen, als Eingriff in die Rechte des Bewerbers darstellt. In diesem Zusammenhang stellt sich das Problem, ob es bei gebundenen Begünstigungen mit ausdrücklicher Auflagenermächtigung rechtmäßig ist, Auflagen zu einem anderen Zwecke als dem der Schaffung der Begünstigungsvoraussetzungen anzuordnen. Der BGH[86] scheint das verneinen zu wollen; immerhin hat er aus dem Vorhandensein der Auflagenermächtigung geschlossen, die Begünstigung könne keine gebundene sein, weil eine gebundene Begünstigung wegen ihrer Rechtsnatur nicht bedingt oder befristet erteilt werden dürfe - man wird hinzufügen dürfen, auch nicht unter Auflagen ergehen dürfe. In einer anderen Entscheidung[87] hat er ausgesprochen, daß bei gebundenen Begünstigungen Auflagen nur zur Schaffung von Voraussetzungen bzw. Beseitigung von Versagungsgründen zulässig seien. Diese enge Ansicht erscheint unzutreffend.

---

86) BGH B. v. 2.10.1972 - NotZ 1/72 - DVBl 1973, 186 eine Entscheidung zu § 9 Abs. 2 BundesnotarO, m. kritischer Anm. v. Bettermann, in DVBl 1973, 186 ff.

87) BGH B. v. 27.6.1966 - NotZ 5/65 - Z 46, 29 (33) eine Entscheidung zu § 9 Abs. 2 BundesnotarO.

Zum einen gibt es - wie z. B. besonders im Baurecht - Auflagen, die völlig unbestrittenermaßen bei gebundenen Erlaubnissen auch dann ergehen dürfen, wenn sie nicht lediglich die Erlaubnisvoraussetzungen schaffen[88]; zum anderen ist nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber nicht selbst sollte anordnen können, unter welchen Auflagen die Begünstigung bindend erteilt wird. Man wird lediglich verlangen müssen, daß Auflagenermächtigungen zu gebundenen Begünstigungen inhaltlich möglichst genau bestimmt oder - u. a. unter Zuhilfenahme des Konkretisierungsmaßstabs "Sachzusammenhang" - hinreichend bestimmbar sind; das gilt wiederum dort in gesteigertem Maße, wo es sich um Vergünstigungen anerkennender Art handelt, zu deren Gewährung der Gesetzgeber durch die Grundrechte weitgehend verpflichtet ist und über deren Erteilung oder teilweise Versagung er nicht die Exekutive letztlich entscheiden lassen darf.

Soweit ein Gesetz ausdrückliche Auflagenermächtigungen enthält, gilt es bei der Suche nach den Zulässigkeitsschranken für Auflagen zunächst vom Gesetzmäßigkeitsgrundsatz in seiner Ausprägung als Gesetzesvorrang auszugehen und die aus der Auflagenermächtigung sich ergebenden Rechte oder auch Pflichten bei der Anordnung von Auflagen ausfindig zu machen, mit anderen Worten: die Auflagenermächtigung richtig anzuwenden. Im einzelnen ist herauszufinden, welche Auflagen der Ermächtigung ihrer Ratio nach entsprechen, welchem Zweck sie dienen, welchen Inhalt und welches Ausmaß sie haben dür-

---

88) Vgl. gerade insoweit: Bettermann, DVBl 1973, 186 ff.

fen[89]. Dabei ist die Aufgabe um so schwerer, je allgemeiner die Auflagenermächtigung gefaßt ist. Aus denselben Gründen, die jedenfalls im Regelfall überhaupt eine ausdrückliche Auflagenermächtigung gebieten, bedarf es bei gebundenen Begünstigungen inhaltlich hinreichend konkretisierbarer Auflagenermächtigungen. Bei inhaltlich unbestimmten oder den Inhalt von Auflagen nur grob vorzeichnenden Ermächtigungen ist der Konkretisierungsmaßstab des Sachzusammenhangs zu bemühen. Die genannten Typen von Auflagenermächtigungen sind dahingehend verfassungskonform einengend zu interpretieren, daß trotz der weiten Fassung des Gesetzes Auflagen nur zu gesetzesimmanenten, nicht hingegen zu gesetzesfremden Zwecken zulässig sind, und sie inhaltlich an dem von dem betreffenden Gesetz für die zu regelnde Materie zur Verfügung gestellten Instrumentarium ausgerichtet sein müssen. Demgegenüber spielt der Konkretisierungsmaßstab "Sachzusammenhang" keine entscheidende Rolle bei Auflagenermächtigungen, welche inhaltlich genau bestimmt sind. Soweit nämlich ein Gesetz Auflagen ganz bestimmten Inhalts, mit einer eindeutigen Intention und genau berechnetem Ausmaß zuläßt, ist der Sachzusammenhang zwischen der daraufhin angeordneten Auflage, sofern sie sich im Rahmen der Ermächtigung hält,

---

89) So ergibt eine Auslegung der Ratio des § 5 Abs. 1 Satz 1 GaststättenG, daß dem Wirt nicht etwa mit einer auf diese Bestimmung gestützten Auflage verboten werden kann, den Aufenthalt von Jugendlichen unter 18 Jahren in seinem Lokal zu dulden; Sinn und Zweck der Auflagenermächtigung ist nicht, zu verhindern, daß bestimmte gefährdete Personen Gäste werden, sondern daß diejenigen, die schon Gäste sind oder es werden, von den genannten Gefahren bewahrt bleiben.

Zulässig sind demgegenüber Auflagen zur Fernhaltung solcher Personen, die erfahrungsgemäß Gefahren der bezeichneten Art für andere Gäste herbeiführen.

So zutreffend: Michel-Kienzle, GaststättenG, § 5, Rdnr. 3.

stets gewahrt. Denn in erster Linie entscheidet der Gesetzgeber durch den Wortlaut des Gesetzes selbst, was Gegenstand der gesetzlich geregelten Materie ist und was im Zusammenhang mit dieser steht. Auflagen aufgrund derartig eng begrenzter Ermächtigungen stehen den schon von Gesetzes wegen ohne Entschließung der Verwaltungsbehörde bestehenden Verpflichtungen sehr nahe und wahren nahezu wie diese das Erfordernis des Sachzusammenhangs mit den sonstigen Regelungen des betreffenden Gesetzes. Soweit bei diesen Auflagen kein Zusammenhang mit gerade der Begünstigung, zu der sie ergehen, ersichtlich ist, könnte man mit Rücksicht auf das bereits bei der Darstellung von Rechtsnatur und Rechtswirkung der Auflage dargestellte begriffskonstituierende Mindestmaß an Sachzusammenhang fragen, ob die Anordnung überhaupt als Auflage i. e. S. zu verstehen ist.

2. Ohne ausdrückliche Auflagenermächtigung

a) Regelfall

Soweit das anzuwendende Gesetz der Verwaltungsbehörde bindend vorschreibt, beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Begünstigung zu gewähren, ohne eine Ermächtigung zum Erlaß von Auflagen auszusprechen, fragt es sich, ob gleichwohl Auflagen zulässig sein können.
Zumindest grundsätzlich muß in solchen Fällen die vom Gesetzgeber getroffene Regelung als abschließend und keiner Aus-

nahme fähig gedacht werden[90]. Gewährt ein Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen eine Begünstigung vorbehaltlos, indem es einen Anspruch auf sie gibt, ohne Ermächtigungen zu belastenden Nebenbestimmungen zu enthalten, muß man schließen, der Gesetzgeber habe eben gewollt, daß dem Bürger die Begünstigung ungeschmälert in voller Höhe eingeräumt werde. Eine gleichwohl erfolgende Beschränkung durch Auflagen wäre nach dem Prinzip des Gesetzesvorrangs rechtswidrig; da sie zugleich einen Eingriff in den von Gesetzes wegen eingeräumten Bestand an Rechten enthielte, ohne daß dieser Eingriff durch eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gerechtfertigt wäre, folgte die Rechtswidrigkeit und Unzulässigkeit zugleich aus der anderen Komponente des Gesetzmäßigkeitsprinzips, dem Vorbehaltsgrundsatz.

Die Vermutung für eine abschließende, keiner Modifizierung durch die anwendende Verwaltungsbehörde mehr fähigen Regelung, dürfte um so stärker sein, je detaillierter, verfeinerter und verästelter die gesetzliche Regelung ist. So einleuchtend dieser Ausgangspunkt klingt, so schwierig kann die Feststellung im konkreten Fall werden, ob nun vom Gesetzgeber eine abschließende oder nur beispielhafte, lediglich die typischen Interessenlagen berück-

---

90) So wohl auch: Kormann, aaO, S. 150, wenn er ausführt, "Nebenbestimmungen sind nur möglich, soweit der Behörde Spielraum dafür belassen ist, also jedenfalls nicht, wo schlechthin ein Recht auf die Erlaubniserteilung besteht";
vgl. auch: Fachinger, DV 49, 120, der betont, daß gebundene Erlaubnisse in der modernen Gesetzgebung selten seien, wobei er allerdings die Ansicht vertritt, die in der Mehrzahl der neueren Gesetze verwandten generalklauselartigen unbestimmten Rechtsbegriffe räumten den Behörden einen verhältnismäßig weiten Ermessensspielraum ein;
Kiekebusch, VerwArch 57, 28; Ludwig von Köhler, aaO, S. 168; Franz Mayer, aaO, S. 89.

sichtigende Regelung gewollt ist[11]. U. U. lassen sich Auflagen nur unter Zugrundelegung eines Prinzips rechtfertigen, welches dem Gesetzmäßigkeitsprinzip ebenbürtig ist - man denke etwa an das Übermaßverbot - und welches im Einzelfall vorzugswürdig erscheint[92]. Solange ein derartiges Prinzip nicht eingreift, gilt indes allein der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz, der Auflagen in den hier zu erörternden Fällen jedenfalls grundsätzlich nicht gestattet.

---

91) Dazu folgendes Beispiel:
Gem. § 93 Abs. 2 BauO NW bedürfen fliegende Bauten, bevor sie erstmals aufgestellt und in Gebrauch genommen werden, einer Ausführungsgenehmigung; das Gesetz enthält keine Bestimmung, wonach diese Ausführungsgenehmigung unter Auflagen erteilt werden könnte. Demgegenüber ermächtigt § 93 Abs. 8 BauO NW ausdrücklich, der für die Ingebrauchnahme des fliegenden Baues erforderlichen Gebrauchsabnahme Auflagen beizufügen, soweit dies nach der örtlichen Verhältnissen oder zur Abwehr von Gefahren erforderlich ist. Obwohl man sich sehr gut für den Antragsteller als auch die Allgemeinheit sinnvolle Auflagen auch bei der Ausführungsgenehmigung vorstellen kann und man wegen der Ermächtigungsgrundlagen in §§ 86 Abs. 6, 88 Abs. 3, 90 Abs. 2, 3, 92 Abs. 3 BauO NW geradezu geneigt ist, das Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage als Redaktionsversehen zu werten, muß man angesichts der unterschiedlichen Regelung in ein- und derselben Gesetzesvorschrift und in Hinblick auf die ansonsten detaillierten Bestimmungen über die Ausführungsgenehmigung die getroffene Regelung als abschließend ansehen müssen.

92) Dazu folgendes Beispiel:
Nach der kategorischen Fassung des § 3 Abs. 2 Satz 1 VersammlungsG erscheint es ausgeschlossen, die Ausnahmegenehmigung zum Uniform-Verbot mit Auflagen zu verbinden. Gleichwohl leuchtet nicht recht ein, daß Auflagen zu dieser Ausnahmegenehmigung unter allen Umständen vom Gesetzgeber verboten sein sollen. Man stelle sich etwa vor, zwei der im § 3 Abs. 2 genannten Jugendverbände beantragen die Ausnahmegenehmigung für einen Aufzug, bei dem die Mitglieder zu ihren Uniformen Abzeichen zu tragen gedächten, die als aufreizender Ausdruck ihrer gegensätzlichen politischen Gesinnungen erfahrungsgemäß der Anlaß zu Schlägereien sind. Hier kann die Verwaltungsbehörde u. U. gem. § 15 Abs. 1 VersammlungsG den Aufzug verbieten und von bestimmten "Auflagen" abhängig machen. Am sinnvollsten erschien die der Ausnahmegenehmigung zum Tragen von Uniformen beizufügende Auflage, die beschriebenen Abzeichen nicht zu tragen.

b) Sonderfall: Auflagen zur Schaffung von Voraussetzungen bzw. Beseitigung von Versagungsgründen

Anerkanntermaßen dürfen in Beachtung des Übermaßverbotes darüber hinaus auch dort, wo einerseits eine gesetzliche Bindung zur Erteilung der Begünstigung besteht und andererseits eine gesetzliche Auflagenermächtigung fehlt, Auflagen stets dann angeordnet werden, wenn sie der Schaffung besonderer gesetzlicher Voraussetzungen oder der Ausräumung von Versagungsgründen für die Begünstigung dienen[93]. Das gilt unbestrittenermaßen jedenfalls für Auflagen zu solchen Voraussetzungen bzw. Versagungsgründen, welche der Behörde lediglich das Recht geben, die Begünstigung zu versagen. Schon hier sei kurz erwähnt, daß demgegenüber die Zulässigkeit von Auflagen zur Beseitigung zwingender Versagungsgründe umstritten ist[94), 95].

---

93) Kiekebusch, VerwArch 57, 29; von Mangoldt, VerwArch 37, 123; Benisch, WuW 1961, 453; besonders deutlich auch: Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewerbeO, § 12, Rdnr. 10 und § 60 a, Rdnr. 8; Fuhr, GewerbeO, § 12, 6 d); § 33 a, h); § 30 f); BGH B. v. 7.12.1954 - V BLw 47/54 - BB 1955, 9, allerdings mit zu enger Formulierung, wie Krüger (DVBl 1955, 522) zu Recht kritisiert; Weyreuther, DVBl 1969, 236 f; Riedel, Süddt. JZ 1950, 91 f.

94) So verneinen z. B. die Zulässigkeit: Britsch-Rosenberger-Hauss, aaO, § 3 EinzelhandelsG (S. 211); Greiffenhagen, aaO, S. 194-198.

95) Ob man daneben noch eine Ausnahme für Auflagen machen muß, die dazu bestimmt sind, den Umfang einer gewährten Begünstigung (insb.: Erlaubnis i. e. S.) auf diese Art sicher abzugrenzen, muß angesichts der Möglichkeit, Begünstigungen bereits inhaltlich zu beschränken (vgl. § 32 Entwurf eines VerwaltungsverfahrensG (1973), bezweifelt werden;
vgl. dazu: Fuhr, GewerbeO, Vorbem. vor § 16; Preuß.OVG U. v. 9.10.1924 - III C 2/24 - E 79, 306 (313 f); Baeck-Hoffmann-Janssen-Volmer, GewerbeO, § 30, 2; § 33 a - 33 c, 2).

II. Auswirkungen bei ermessensfreien Begünstigungen

1. Mit ausdrücklicher Auflagenermächtigung

Bei ermessensfreien Begünstigungen mit ausdrücklichen Auflageermächtigungen ist dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz zunächst in seiner Ausprägung als Gesetzesvorbehalt durch die Ermächtigung Rechnung getragen. An die Bestimmtheit der Auflagenermächtigung sind jedenfalls keine strengeren Anforderungen zu stellen als an solche zu gebundenen Begünstigungen. Hier wie dort ist gegebenenfalls auf den Konkretisierungsmaßstab des Sachzusammenhangs zurückzugreifen, der inhaltlich gänzlich unbestimmte oder nur grob bestimmte Auflagenermächtigungen hinreichend zu präzisieren vermag.
Zu prüfen bleibt indes, ob es für die Zulässigkeit von Auflagen in diesem Bereich überhaupt einer Beschränkung, welche die Wahrung des Sachzusammenhangsgebotes bedeutet, bedarf oder ob nicht wegen der Einräumung von Ermessen den Verwaltungsbehörden vom Gesetz ein größerer Spielraum bei der Ausgestaltung des Inhalts von Auflagen eingeräumt sein soll. Dieselbe Frage stellt sich mit noch größerer Deutlichkeit im Zusammenhang mit ermessensfreien Vergünstigungen ohne ausdrückliche Auflagenermächtigung; ihr soll später für beide Bereiche gemeinsam nachgegangen werden.
Abgesehen von dieser besonderen Problematik tauchen bei ausdrücklichen Auflagenermächtigungen zu ermessensfreien Begünstigungen dieselben Schwierigkeiten der Gesetzesauslegung und -anwendung auf wie bei Auflagenermächtigungen zu gebundenen Begünstigungen. Insgesamt gilt auch hier: Je genauer der Inhalt, der Umfang, das Ausmaß oder die Zweckbestimmung der zugelassenen Auflagen in der Ermächtigung umschrieben sind, desto sorgfältiger ist der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz in seiner Ausprägung als Gesetzesvorrang zu beachten.

2. Ohne ausdrückliche Auflagenermächtigung

Für Auflagen zu ermessensfreien Begünstigungen anerkennender und teilhabegewährender Art ohne ausdrückliche Auflagenermächtigungen wurde oben bereits begründet, weshalb auch sie einer Ermächtigungsgrundlage bedürfen, daß diese Ermächtigungsgrundlage aber nicht unbedingt eine ausdrückliche zu sein brauche, sondern auch in dem der Verwaltung eingeräumten Ermessen gefunden werden könne.
Es stellt sich das Problem, welche Anforderungen an die Bestimmtheit derartiger "stillschweigender Auflagenermächtigungen" zu stellen sind, insbesondere, ob die Wahrung eines ausreichend engen Sachzusammenhangs geboten ist.

Die Entscheidung über eine Vergünstigung, die gesetzlich vorgesehen ist, bedarf der Legitimation durch eben dieses Gesetz. Dasselbe gilt für Nebenbestimmungen, die der Begünstigung beigegeben werden sollen. Auch Auflagen bedürfen also einer gesetzlichen Legitimation. Als derartige gesetzliche Legitimation reicht es aus, wenn dem Gesetz entnommen werden kann, die Erteilung einer Begünstigung unter gleichzeitiger Anordnung von Auflagen sei ein gesetzlich legitimiertes Anliegen der Behörden. Gesetzlich legitimiert erscheint die Anordnung von Auflagen, wenn sie zunächst im weitesten Sinne dazu dient, den im Gesetz verkörperten Willen des Gesetzgebers zu verwirklichen. Man kann auch formulieren: Auflagen sind nur in dem Rahmen zulässig, in dem das Gesetz die Verwaltung zum Handeln ermächtigt[96]. Sie kommen insoweit also nur in Betracht, wenn sie die gesetzlichen Ziele und Zwecke sichern oder fördern sollen. Ermächtigungsgrundlage für Auflagen im Bereich der ermessensfreien Verwaltung ohne ausdrückliche Auflagenermächtigungen ist also entweder die Besorgnis, durch die Gewährung und Ausnutzung der im Gesetz vorgesehenen Begünstigung könnten die gesetzlichen

---

96) Vgl.: Roellecke, DÖV 1968, 339.

Ziele und Zwecke gefährdet oder gar vereitelt werden, oder die Erwartung, mit bestimmten Auflagen könnten die gesetzlichen Ziele und Zwecke besonders wirkungsvoll erreicht und durchgesetzt werden[97].

Die Geltung des Sachzusammenhangsgebotes auch im Bereich der ermessensfreien Begünstigungen ohne ausdrückliche Auflagenermächtigungen wird durch eine weitere Überlegung bestätigt: Bei der unvermeitlichen Auswahl einiger von mehreren Bewerbern um eine Vergünstigung ist der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten[98]. Das in ihm enthaltene Verbot, Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln[99], vermag den gänzlichen, wie den durch Auflagen bedingten teilweisen Ausschluß vom Empfang der Begünstigung zu rechtfertigen. Es bedarf aber stets einer Feststellung dessen, was gleich und was ungleich ist. Dies wiederum läßt sich nur jeweils für einzelne Bezugspunkte wie etwa Bedürftigkeit, Alter, Wohnsitz, Beruf etc. ermitteln. Bei der Bewerbung um Begünstigungen, deren Vergabe gesetzlich geregelt ist, hat eine Auswahl von Bewerbern vornehmlich unter Berücksichtigung solcher Bezugspunkte zu erfolgen, die Eingang in das betreffende Gesetz gefunden haben und nach Ansicht des Gesetzgebers "maßgeblich" sein sollen. Diese Bezugspunkte müssen für die Gewährung oder Versagung der Begünstigung letztlich entscheidend sein. Also sind die Gründe sowohl für die gänzliche als auch die nur teilweise Versagung dem Gesetz zu entnehmen und an diesem zu orientieren[100]. Die Auflagen dürfen nur dem Sachbereich des angewandten begünstigenden Gesetzes entstammen und dürfen nicht - denn das wäre genau das Gegenteil - gesetzesfremden Zwecken dienen.

---

97) Vgl.: Roellecke, DÖV 1968, 340.

98) Köttgen; DVBl 1953, 485 f; Roellecke, DÖV 1968, 341; Mörtel, GaststättenG, § 5, Rdnr. 8; Imboden, aaO, S. 17; Dicke, aaO, S. 147.

99) BVerfG B. v. 12.10.1951 - 1 BvR 201/51 - E 1, 13 (16), Leitsatz 18.

100) Roellecke, DÖV 1968, 340.

Damit zusammen hängt das dritte entscheidende Argument für die Wahrung des Sachzusammenhangsgebots im fraglichen Bereich: Ohne seine Beachtung wäre eine rechtmäßige Ermessensbetätigung bei der Auswahl der Begünstigungsempfänger nicht denkbar[101]. Rechtmäßig kann nur eine sachgerechte Ermessensausübung sein; sachgerechte Oberlegungen und Entscheidungen beinhalten geradezu das Kernstück rechtsmäßiger Ermessensbetätigung[102]. Sachgerecht bedeutet, daß die für die Entscheidung ausschlaggebenden Oberlegungen vornehmlich an den maßgeblichen Bezugspunkten des betreffenden Gesetzes ausgerichtet sind. Die Motive und Erwägungen für das behördliche Handeln auch bei der Anordnung von Auflagen müssen dem umgrenzten Sachbereich des angewandten Gesetzes entnommen sein und der gesetzlich gestellten Aufgabe, der gesetzlich eingeräumten Kompetenz, dienen[103].

Natürlich vermögen der Gleichheitssatz und das auch aus ihm abzuleitende Gebot der Wahrung des Sachzusammenhangs zwischen Begünstigung und Auflage eine detaillierte gesetzliche Regelung, insbesondere eine inhaltlich konkret ausgestaltete ausdrückliche Auflagenermächtigung nicht voll zu ersetzen[104]; die Wahrung des Sachzusammenhangs bedeutet aber immerhin einen Schritt auf das angestrebte Ziel, dem Bestimmtheitsgrundsatz soweit als möglich Genüge zu tun.

---

101) Vgl.: Ottmar Bühler, aaO, S. 25 f; Kiekebusch, VerwArch 57, 28; Greiffenhagen, aaO, S. 188; Dicke, aaO, S. 14; Benisch, WuW 1961, 454; Schlund, Bay.VBl. 1968, 7 f; Willigmann, DVBl 1963, 230; Mörtel, GaststättenG, § 5, Rdnr. 8; Fickert, LandesstraßenG NW, § 18, Rdnr. 9; Consbruch-Müller, KreditwesenG, § 32, Anm. 5.

102) Wolff-Bachof, aaO, S. 198.

103) Zur rechtmäßigen Ermessensausübung bei Dispensen vgl.: Mussgnug, aaO, S. 93 u. 130 f.

104) Vgl. insoweit auch: Jesch, aaO, S. 203; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 3 Abs. 1, Rdnr. 466.

III. Konsequenzen für gesetzesfreie Vergünstigungen

Man könnte geneigt sein, der Exekutive jedenfalls im Bereich der gesetzesfreien Wohltaten größere Freiheit zur Beifügung von Auflagen einzuräumen. Immerhin gibt es in diesem gesetzesfreien Bereich - abgesehen von den Zielsetzungen der Verfassungsnormen und der Haushaltsgesetze - keine gesetzlichen Ziele und Zwecke, an denen Auflagen inhaltlich ausgerichtet sein könnten und müßten, so daß Gesetze als Legitimationsgrundlage ausscheiden.

Als Zulässigkeitsmaßstab bietet sich jedoch auch hier statt dessen das Gebot der Wahrung ausreichend engen Sachzusammenhangs zwischen Auflagen und Begünstigung an. Wenn es schon unmöglich ist, durch gesetzliche Regelung aller denkbaren Lebenssachverhalte jedwede gesetzesfreie Verwaltungstätigkeit unnötig und hinfällig zu machen, muß das verwaltungsbehördliche Bemühen zumindest dahin gehen, die Verwaltungstätigkeit in dem gesetzesfreien Bereich denselben oder zumindest vergleichbaren Kriterien, Maßstäben und Schranken zu unterwerfen wie im gesetzlich normierten Bereich. Auf das der Sache nach in diesem wie in jenem Bereich gleiche Problem kann es nur eine einheitliche Antwort geben[105]. Diese ist allerdings in jenem Bereich schwieriger zu finden als in diesem. Streng genommen ist im Bereich der gesetzesfreien Verwaltungstätigkeit zwar begrifflich die Geltung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes ausgeschlossen, wohl aber gelten hier gleichermaßen die für den Bereich der gesetzlich geregelten Verwaltungstätigkeit aus dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz gezogenen Schlußfolgerungen, insbesondere aber das Gebot der Wahrung eines ausreichend engen Sachzusammenhanges zwischen Begünstigung und Auflage.
Im übrigen sind ja auch im Bereich der gesetzesfreien Verwaltungstätigkeit unbestreitbar der Gleichheitsgrundsatz und das Gebot rechtmäßiger Ermessensbetätigung zu beachten.

---

105) So zutreffend: Krüger, DVBl 1955, 522; Schlund, Bay.VBl. 1968, 8, Fußn. 19.

2. Kapitel: Bedeutung und Auswirkungen des Übermaßverbotes

§ 8 Bedeutung des Grundsatzes

Unter dem Begriff "Übermaßverbot" faßt man die Gebote der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit) zusammen[1].

Die drei Gebote stehen in Zusammenhang und verlangen im einzelnen, daß die Verwaltungsbehörden bei ihrer Aufgabenerfüllung nur solche Maßnahmen treffen, die der Aufgabenerfüllung dienlich oder förderlich sind (Geeignetheit)[2], daß sie von mehreren förderlichen Maßnahmen die am wenigsten belastenden auswählen (Erforderlichkeit)[3], und daß sie keine Maßnahmen ergreifen, die trotz Geeignetheit und Erforderlichkeit sich nach Abwägung des Wertes und der Bedeutung des erstrebten Aufgabenzwecks gegen die den Betroffenen drohenden Nachteile der Anwendung des Mittels als unangemessen erscheinen (Angemessenheit) [4], [5].

---

1) Wolff-Bachof, aaO, S. 179; vgl. auch: von Krauss, aaO, S. 14 f; Wittig, DÖV 1968, 817; Gentz, NJW 1968, 1600 ff. Zu den terminologischen Unklarheiten vgl. die Nachweise bei: Lerche, aaO, S. 20, Fußn. 4; Wittig, DÖV 1968, 817.

2) Vgl.: BVerfG U. v. 3.6.1954 - 1 BvR 183/54 - E 3, 383 (399); BVerfG B. v. 23.1.1968 - 1 BvR 709/66 - E 23, 50 (58.

3) Vgl.: BVerfG U. v. 20.3.1952 - 1 BvR 26/51 - E 1, 167 (178); BVerfG U. v. 5.8.1966 - 1 BvR 586/62, 620/63 u. 512/64 - E 20, 162 (187); BVerfG U. v. 11.6.1958 - 1 BvR 596/56 - E 7, 377 (378, Leitsatz 6 d), 408 f).

4) BVerfG U. v. 11.6.1958 (vgl. Fußn. 3) E 7, 377 (378, Leitsatz 6 c, 405 ff).

5) Zum Verhältnis von "Verhältnismäßigkeit" und "Zumutbarkeit" vgl.: Lücke, DÖV 1974, 769 - 771.

Sowohl bei der Geeignetheits- als auch bei der Erforderlichkeitsprüfung hat die Verwaltungsbehörde einen Vergleich zwischen mehreren in Betracht kommenden Maßnahmen anzustellen; während sie in Beachtung des Geeignetheitsgebotes die untauglichen Maßnahmen von den tauglichen sondert, schaltet sie in Beachtung des Erforderlichkeitsgebotes von mehreren tauglichen Maßnahmen alle bis auf diejenigen mit den geringsten Nachteilen aus. Diese allein verbleibende Maßnahme unterzieht sie schließlich der Angemessenheitsprüfung, die mit ihrer Annahme oder ihrer Verwerfung endet (ohne daß die Verwaltungsbehörde in diesem Prüfungsstadium noch eine Auswahlmöglichkeit unter mehreren Maßnahmen hätte). Wenn eine Maßnahme nicht geeignet oder nicht erforderlich ist, braucht sie der Angemessenheitsprüfung nicht mehr unterzogen zu werden. Danach ist also die Geeignetheit einer Maßnahme Voraussetzung sowohl für die Erforderlichkeits- als auch die Angemessenheitsprüfung; die Erforderlichkeit wiederum ist Voraussetzung für die Feststellung ihrer Angemessenheit[6].

Bezogen auf verwaltungsrechtliche Auflagen könnte das Übermaßverbot u. U. gebieten, eine Begünstigung unter Auflagen und damit zumindest teilweise zu erteilen, statt sie gänzlich zu versagen.
Insbesondere Auflagen, die der Schaffung der Begünstigungsvoraussetzungen bzw. der Beseitigung von Versagungs- oder Widerrufsgründen dienen, erscheinen zunächst dem angestrebten Verwaltungszweck förderlich, die Erteilung von Begünstigungen zu verhindern, die aus den gesetzlich genannten Gründen nicht erteilt werden dürfen oder die zwar in noch ver-

---

6) Demgegenüber betont Wittig (DÖV 1968, 817), man könne nicht feststellen, daß das Erforderlichkeitsgebot weiter, das Angemessenheitsgebot enger sei bzw. umgekehrt; vielmehr könne ein Mittel im Verhältnis zu dem angestrebten Zweck angemessen erscheinen, es sei aber nicht erforderlich, weil es noch andere, weniger eingreifende Mittel gäbe, und umgekehrt könne eine Maßnahme erforderlich, aber dennoch nicht verhältnismäßig sein, weil der Zweck das Mittel nicht als angemessen erscheinen lasse.

tretbarer Weise erteilt werden dürfen, die aber aller Wahrscheinlichkeit nach sich gemeinschaftswidrig auswirken[7]. Diese Auflagen sind zur Erreichung des beschriebenen Zwecks (im juristischen Sinn)[8] erforderlich, wenn sie einerseits den Verwaltungszweck ebensogut verwirklichen wie die Versagung der Begünstigung und andererseits im Vergleich zu der Versagung bzw. Anordnung anderer Nebenbestimmungen, Strafandrohungen etc. die geringst mögliche Belastung des Bewerbers um die Begünstigung bedeuten. Soweit sie für die Zweckerfüllung nicht ausreichend erscheinen, ist u. U. nur die Versagung oder die bedingte Erteilung der Begünstigung das erforderliche Mittel; und nur wenn die Versagung als unangemessen erscheinen sollte und deshalb untunlich ist, kann die Anordnung von Auflagen wieder erforderliches Mittel werden. Es bedarf dann der weiteren Prüfung, ob Auflagen ihrerseits angemessen sind; bejahendenfalls sind sie statt der Versagung anzuordnen, verneinendenfalls muß die Begünstigung ohne Auflagen erteilt werden.

Die Rechtmäßigkeit der Versagung einer Begünstigung im Verhältnis zu ihrer Erteilung unter Auflagen richtet sich also vornehmlich nach den Geboten der Erforderlichkeit und Angemessenheit des Mittels; wenn hier gleichwohl bisweilen der weitere Begriff "Obermaßverbot" verwandt wird, geschieht das in der Erkenntnis, daß die Erforderlichkeit einer Auflage sich u. U. erst aus der Unangemessenheit der Versagung einer Begünstigung ergeben kann, ferner mit Rücksicht darauf, daß Erforderlichkeit und Angemessenheit die (ausnahmsweise auch einmal zu verneinende) Geeignetheit zur Voraussetzung haben.

---

7) Wittig, DÖV 1968, 817.

8) Vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen von: Gentz, NJW 1968, 1604.

In Rechtsprechung und Literatur ist der Verfassungsrang des Übermaßverbotes unbestritten. Sein eigentlicher Standort wird in verschiedenen grundgesetzlichen Vorschriften gefunden.
Dürig[9] etwa sieht ihn letztlich in Art. 1 Abs.1 GG, indem er diese Vorschrift in Art. 19 Abs. 2 einfließen läßt; jede übermäßige Belastung degradiere den Menschen zum bloßen Objekt staatlicher Machtentfaltung und trage zu seiner Entpersönlichung bei. Von Krauss[10] und Wittig[11] betonen seine enge Verwandtschaft mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG bzw. seinen Konkretisierungen; sie rechnen beide Grundsätze zu den sogenannten "freiheitsschützenden Grundrechten"[12] im Gegensatz zu den "Freiheitsrechten";beide beträfen das "Wie" der Eingriffsmöglichkeit; während der Gleichheitsgrundsatz diskriminierende Eingriffe verbiete, untersage das Über-

---

9) Dürig, AöR 81, 146 f; zur Kritik vgl.: Lerche, aaO, S. 40, der bemängelt, daß zwischen Art. 1 Abs. 1 GG und dem Übermaßverbot nicht gerade ein notwendiger spezifischer Zusammenhang bestünde.

10) Von Krauss, aaO, S. 35-39, der aber zugleich betont, der Grundsatz stehe am Schnittpunkt verschiedener Einzelregelungen des GG und hänge mit den grundlegenden Wertentscheidungen des Verfassungsgebers zusammen (aaO, S. 820).

11) Wittig, DÖV 1968, 817.

12) Vgl. dazu die durch von Krauss (aaO, S. 28 f) betroffene und von Wittig (DÖV 1968, 820) übernommene Unterscheidung von Verfassungsbestimmungen (u. a.) in "Freiheitsrechte" und "freiheitsschützende Grundrechte".

maßverbot übermäßige Eingriffe[13].
Nach verbreiteter Ansicht[14] vor allem in der Rechtsprechung[15] ist das Übermaßverbot eine Folgerung aus dem Rechtsstaatsprinzip. Lerche glaubt indes, das Verbot nicht aus rechtsstaatlichem Gedankengut überlieferter Prägung entnehmen zu können, sondern nur aus einer "sinngewendet gelesenen Rechtsstaatsklausel"[16]; das Grundgesetz enthalte eine Reihe formaler "dirigierender Bestimmungen", die sich von einzelnen sachgebundenen Grundrechten gelöst hätten und stetig "formale Direktiven" entfalteten; dazu seien etwa der Gleichheitsgrundsatz, der Bestimmtheitsgrundsatz und auch das Übermaßverbot zu rechnen.

---

13) Vgl. dazu die Kritik bei Lerche, aaO, S. 29 f, mit dem Hauptargument, bei Betonung dieser Verwandtschaft werde ein entscheidender Unterschied vernachlässigt: Für die Anwendung des Gleichheitssatzes sei charakteristisch das Vorliegen mehrerer zu beurteilender Sachverhalte, die zueinander horizontal in ein Verhältnis zu bringen seien, während sich das Urteil der Verhältnismäßigkeit (Übermäßigkeit) über die vertikale Zweck-Mittel-Beziehung an einem einzigen Fall bilden lasse.

14) Wolff-Bachof, aaO, S. 179.

15) Z. B.: BVerfG B. v. 7.4.1964 - 1 BvL 12/63 - E 17, 306 (313 f); BVerfG B. v. 28.6.1967 - 2 BvR 143/61 - E 22, 114 (124); BVerfG B. v. 5.3.1968 - 1 BvR 579/67 - E 23, 127 (133).

16) Lerche stellt den Normen, die unmittelbar "abwehrende Grenzsetzungen", "Ausgrenzungen" oder Teilhabeversicherungen aussprächen, die Gruppe dieser "dirigierenden" Normen gegenüber, die dadurch gekennzeichnet seien, daß sie den stetigen staatlichen Vollzug eines in ihnen enthaltenen sich immer wieder neu aktualisierenden Verfassungsauftrags verlangten; die sinnvariierende und produzierende Kraft des rechtsstaatlichen Leitbildes ermögliche einen behutsamen Austausch überkommener formaler Inhalte gegen neue ebenfalls formalisierte, wie sie die dirigierenden Verfassungsbestimmungen darstellten (aaO, S. 58).

Weil in ihr der Zusammenhang zwischen dem Übermaßverbot und dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes für grundrechtsberührende Maßnahmen deutlich wird, verdient hier die Standortbestimmung besondere Beachtung, die das Übermaßverbot vornehmlich aus der in Art. 19 Abs. 2 GG enthaltenen Gewährleistung eines unantastbaren Wesenskerns von Freiheitsrechten herleitet[17], wobei diese Gewährleistung freilich wiederum in engem Zusammenhang mit rechtsstaatlichen Prinzipien gesehen wird[18]. Am deutlichsten vertritt der BGH[19] diese Auffassung in den bekannten Formulierungen, ein Grundrecht werden nur dann in seinem Wesenskern angetastet, wenn durch den Eingriff die wesensgemäße Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde als dies der sachliche Anlaß und Grund für den Eingriff unbedingt und zwingend geböten; danach erschöpft sich die Bedeutung des Art. 19 Abs. 2 GG nicht in der Gewährleistung eines unantastbaren Wesenskerns, der sich ohnehin abstract kaum ausreichend präzise bestimmten läßt[20], sondern besteht vornehmlich darin,

---

17) Z. B.: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2, Rdnrn. 63 u. 64; von Köhler, DVBl 1958, 193 f; Zippelius, DVBl 1956, 354; Ipsen, aaO, S. 37.

18) Z. B.: Krüger, DVBl 1950, 625 ff; Forsthoff, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 221 ff, 235; vgl. auch die Kritik bei Lerche, aaO, S. 32, der meint, man könne den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Übermaßverbot) aus dem (überkommenen) Rechtsstaatsprinzip nur herauskristallisieren, wenn man ihn vorher willkürlich eigens zu diesem Zweck hineininterpretiert habe.

19) Vgl.: BGH Gutachten v. 25.1.1952 in der Strafsache - VRG 5/51 - St 4, 375 (377).

20) Vgl. zur Problematik des Art. 19 Abs. 2 GG Krüger, DÖV 1955, 597 ff; Ernst Rudolf Huber, DÖV 1956, 142 f; BVerwG U. v. 14.12.1954 - I C 24/54 - E 1, 269 (273 f); BVerwG U. v. 3.11.1955 - I C 15/53 - E 2, 295 (299 ff); BVerwG B. v. 4. 7.1956 - V C 199/55- E 4, 24 (36 f).

daß auch schon bei Eingriffen in die Vorhofssphäre von Grundrechten Zurückhaltung und Vorsicht geboten sind, und bereits bei solchen lediglich grundrechtsberührenden Maßnahmen stets zwischen dem Grad des öffentlichen Interesses an der Beschränkung des Grundrechts und dem Ausmaß des Freiheitsverlustes für den Betroffenen abzuwägen ist[21]. Insofern ist der Wesengehalt des Art. 29 Abs. 2 GG nicht nur "absolute Eingriffsschranke" sondern auch "Verhältnisfaktor"[22]. An diesem Verhältnisfaktor hat sich die Intensität der Eingriffsmaßnahmen auszurichten.
Bezogen auf die Rechtmäßigkeit von Auflagen ist dem Übermaßverbot also besonders bei der Entschließung zwischen einer gänzlichen Versagung oder einer auflagenbeschwerten Gewährung anerkennender und teilhabegewährender Vergünstigungen Rechnung zu tragen.

Seine Geltung ist aber nicht auf grundrechtsberührende Maßnahmen beschränkt, sondern findet über Art. 3 GG und das Rechtsstaatsprinzip auch bei der Entscheidung über die Gewährung verleihender Vergünstigungen (insbesondere wenn diese gesetzesgebunden sind) Anwendung.

---

21) Bay VGH E. v. 17.8.1949 - Vf. 82 - VII - 48 - VerwRspr 2, 7 (15 f).

22) Von Krauss, aaO, S. 50.

§ 9 Auswirkungen des Grundsatzes

I. Auswirkungen bei gebundenen Vergünstigungen

1. Auflagen zur Schaffung von Voraussetzungen

Soweit oben[23] aus dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz ein Recht der Verwaltungsbehörden zur Anordnung von Auflagen abgeleitet wurde, könnte das Übermaßverbot dieses Recht in eine Verpflichtung umwandeln.
Diese Verpflichtung kommt indes zunächst stets nur in Betracht, soweit sich die Erteilung der Begünstigung unter Auflagen im Verhältnis zu ihrer Versagung bzw. im Verhältnis zur Erteilung mit anderen Nebenbestimmungen, Strafsanktionen etc. für den Bewerber als weniger einschneidendes Mittel darstellt,was zwar in aller Regel, aber nicht unter allen Umständen der Fall sein dürfte und letztlich davon abhängt, wie der Bewerber selbst seine Interessenlage versteht und bewertet[24].
Es ist ein so gut wie allgemein anerkannter und hier zu bestätigender Grundsatz, daß in Anwendung des Übermaßverbotes Auflagen angeordnet werden müssen, wenn mit ihnen die Schaffung gesetzlicher Voraussetzungen für gebundene Begünstigungen hinreichend gewährleistet werden kann und sich eine Versagung der Begünstigung auf diese Weise vermeiden

---

23) S. 69-80.

24) So zutreffend: Weyreuther, DVBl 1969, 237 unter Berufung auf BVerwG U. v. 19.10.1966 - IV C 57/65 - (teilweise veröffentl. in) MDR 1967, 241 f;
vgl. demgegenüber: Greiffenhagen, aaO, S. 194 - 198.

läßt[25), 26)]. Dieser Grundsatz hat seinen Niederschlag in § 32 Abs. 1 2. Alternative des Entwurfs eines VerwaltungsverfahrensG (1973) gefunden.
Indem der Gesetzgeber die Verwaltungsbehörde zur Erteilung der Begünstigung bindet, macht er seinen Willen deutlich, die Begünstigung solle soweit als eben vertretbar gewährleistet werden. Auflagen zu gebundenen Begünstigungen gestatten, das vorzugswürdige Interesse des Antragstellers am sofortigen Erhalt der Begünstigung durch Erlaß des begünstigenden Hauptverwaltungsaktes zu befriedigen und dem nicht unbeachtlichen aber nebensächlicheren Interesse an Wahrung der gesetzlichen Begünstigungsvoraussetzungen durch eine belastende Nebenbestimmung, der Auflage, Rechnung zu tragen. Soweit die gebundene Begünstigung zugleich eine anerkennende ist, entfaltet das Übermaßverbot seine geschilderte Wirkung zugleich wegen der Freiheitsvermutung zugunsten des Bewerbers, wobei die Freiheitsvermutung bereits den Gesetzgeber bewogen haben dürfte, eine gebundene Begünstigung zu wollen.

---

25) Von Mangoldt, VerwArch 37, 123, Fußnote 65; von Krauss, aaO, S. 104 f; Wolff-Bachof, aaO, S. 412; vgl. auch: Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewerbeO, § 18, Rdnr. 18; Schrödter, BundesbauG, § 20, Rdnr. 11; BVerwG U. v. 5.10.1965 - IV C 40/65 - BBauBl. 1965, 596 f; BVerwG U. v. 18.12.1969 - IC 33/69 - DVBl 1970, 623; OLG Freiburg B. v. 22.9.1949 - W1 13/49 - RdL 1950, 19, Leits.l;abweichend allerdings: VGH Braunschweig U. v. 5.5.1948 - PR 14/18 - DV 1948, 94 (für Befristungen in Zusammenhang mit § 16 GewerbeO).

26) Eine Verpflichtung zum Erlaß von Auflagen kann sich natürlich auch aus anderen Gesichtspunkten ergeben; zunächst kommen ausdrückliche gesetzliche Verpflichtungen zur Erteilung von Auflagen in Betracht. Vgl. ferner: BGH, DÖV 1959, 359 (zu § 11 GaststättenG 1930), wo die Verpflichtung zur Auflagenerteilung aus einer gegenüber den durch die genannte Bestimmung geschützten Personen obliegenden Amtspflicht hergeleitet wurde.

Innerhalb der Voraussetzungen für eine Begünstigung wird man zwischen mehr oder weniger "Nebensächlichem" unterscheiden müssen: Je weniger wichtig die Voraussetzung ist, desto stärker gebietet das Übermaßverbot, Bedenken,die sich wegen ihrer Nichterfüllung ergeben, durch die Anordnung von Auflagen auszuräumen, statt die Begünstigung ihres Fehlens wegen gänzlich zu versagen[27].

---

27) Wenn z. B. § 2 ApothekenG gebietet, die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke zu erteilen, wenn der Antragsteller u. a. nachweist, daß er im Falle der Erteilung der Erlaubnis über die nach der Apothekenbetriebsordnung (§ 21) vorgeschriebenen Räume verfügen wird, so erscheint die Verwaltungsbehörde bis zum Fehlen dieses Nachweises zunächst unzweifelhaft berechtigt, die Erlaubnis allein aus diesem Grunde zu versagen. Zweifel an dieser Berechtigung tauchen aber auf, sobald man sich vorstellt, der Antragsteller, der lediglich noch diesen Nachweis führen müsse, habe sämtliche Vorkehrungen zum sofortigen Betrieb der Apotheke getroffen, könne den Nachweis aber nicht umgehend erbringen, weil die auswärts gelegenen Betriebsräume (bei dem notorischen Personalmangel der Behörde) weder von einem Beamten auf der Stelle begutachtet werden könnten, noch der Antragsteller (wegen Abwesenheit des Vermieters der Räume) den Nachweis anderweits zu erbringen vermöchte. In diesem Falle könnte die Versagung der Erlaubnis zu einem beachtlichen Nachteil für den Antragsteller werden. Dieser Nachteil könnte außer Verhältnis stehen zu dem angesichts der aufwendigen Erfüllung sämtlicher sonstiger Erlaubnisvoraussetzungen seitens des Antragstellers allenfalls noch bestehenden Restes an Gefahr für die Gemeinschaft durch Inbetriebnahme der Apotheke ohne den erforderlichen Raumnachweis. Wegen dieser Unangemessenheit könnte die Versagung der Erlaubnis rechtswidrig sein. Das wird man annehmen müssen vor allem unter Berücksichtigung des anerkennenden Charakters der apothekengesetzlichen Erlaubnis, eines präventiven Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt, bei dem es besonders dringend geboten ist, die Freiheitssphäre des Bürgers soweit als möglich zu schützen, indem man nach sorgfältiger Anwendung des Übermaßverbotes das präventive Verbot, also die Versagung der Erlaubnis, durch Erlaß eines abschlägigen Verwaltungsaktes erst dann zum Tragen kommen läßt, wenn Gründe des öffentlichen Wohls das zwingend erfordern. Andernfalls muß die Freiheitsvermutung vorgehen und dem Antragsteller jedenfalls grundsätzlich die Aufnahme der grundrechtlich geschützten Tätigkeit jedenfalls einstweilen gestattet werden. Nur das entspricht auch den Grundsätzen des BVerfG zu Art. 12 GG.

2. Auflagen zur Beseitigung zwingender Versagungs- und Widerrufsgründe

Schwierig zu entscheiden ist, ob statt der Versagung einer Begünstigung ihre Erteilung unter Auflagen auch dann in Frage kommt und u. U. sogar geboten sein kann, wenn - wie z. B. bei § 9 i. V. m. § 4 Abs. 1 Ziff. 1 GaststättenG - einer gebundenen Begünstigung zwingende Versagungsgründe entgegenstehen oder Gründe eingreifen, die einen Widerruf bzw. eine Rücknahme der Begünstigung gebieten.

Zwingende Versagungsgründe verbieten - anders als die Aufzählung besonderer Voraussetzungen - expressis verbis, bei ihrem Vorliegen die Begünstigung zu erteilen; folglich könnte ihr Vorliegen ein keiner Ausnahme fähiges Gebot zur gänzlichen Versagung der Begünstigung beinhalten, das insbesondere auch einer Erteilung der Begünstigung unter Auflagen entgegenstünde.
Insbesondere Greiffenhagen[28)] vertritt die Ansicht, das Gesetzmäßigkeitsprinzip verbiete hier die Erteilung der Begünstigung solange nicht die Versagungsgründe ausgeräumt seien; lediglich eine durch die Beseitigung der Versagungsgründe bedingte Erlaubniserteilung käme in Betracht. Die sofort wirksame Erteilung unter Auflagen verkürze den Rechtsschutz des Bewerbers, weil dieser nur allzu leicht und überstürzt geneigt sei, angesichts der greifbar nahen Begünstigung die Auflagen zu akzeptieren, weshalb auch bezweifelt werden müsse, ob die Erteilung der Begünstigung unter Auflagen gegenüber ihrer Erteilung unter aufschiebenden Bedingungen wirklich eine Besserstellung be-

---

28) Greiffenhagen, aaO, S. 194-198; gegen ihn: Gerhard Huber, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 207, Fußnote 23; vgl. auch: von Mangoldt, VerwArch 37, 123.

deute. Auch Mörtel[29] betont, daß strenggenommen das gesetzliche Verbot solange gelte, als die angeordneten Auflagen nicht erfüllt seien und deshalb Auflagen anders als Bedingungen dem gesetzlichen Verbot nicht voll gerecht würden[30].
Ähnliches vertritt Fuhr[31] für die vergleichbare Problematik der Zulässigkeit von Auflagen bei der Wiedergestattung der Gewerbeausübung gemäß § 35 Abs. 6 GewerbeO; die Anordnung von Auflagen lasse erkennen, daß die Verwaltungsbehörden nicht davon überzeugt seien, in Zukunft würden keine gefährdenden Umstände mehr eintreten, was aber für die Wiedergestattung unabdingbare Voraussetzung sei; im Ergebnis wirke sich eine Wiederzulassung unter Auflagen als "Zulassung auf Bewährung" aus, die ebenso unzulässig sei wie die Gestattung eines "zulassungsbedürftigen Gewerbes unter Auflagen".

---

29) Mörtel, GaststättenG, § 5, Rdnr. 11, der hier von "konzessionsrechtlichen Auflagen" spricht; er meint aber einschränkend, es bleibe abzuwarten, ob sich in der Praxis Fälle ergäben, in denen es bei dieser Sachlage ausnahmsweise geboten erscheine, statt der Erlaubnis unter Bedingung die Erlaubnis unter Auflagen zu wählen, damit der Antragsteller zugleich von der Erlaubnis Gebrauch machen könne.

30) Vgl. auch: Britsch-Rosenberger-Hauss, aaO, § 3 EinzelhandelsG, K, mit der Begründung, das EinzelhandelsG regele in § 3 Abs. 2 abschließend die Voraussetzungen, unter denen die Einzelhandelserlaubnis zu versagen sei; läge ein solcher Versagungsgrund vor, so dürfe die Erlaubnis nach zwingender Vorschrift nicht erteilt werden; läge umgekehrt kein Versagungsgrund vor, hätte der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf die Erlaubnis. Eine Einschränkung dieser Erlaubnis durch Bedingungen oder durch Auflagen sei im Gesetz nicht vorgesehen und daher unzulässig.

31) Fuhr, GewerbeO, § 35, Anm. 5.

M. E. ist die Ansicht Fuhrs schon deshalb abzulehnen, weil eine Erlaubnis unter Auflagen zur Schaffung besonderer Erlaubnisvoraussetzungen bzw. Ausräumung von Versagungsgründen stets dem Begünstigten "Kredit" gewährt und die Bedenken, deretwegen die Verwaltungsbehörde Auflagen anzuordnen gedenkt, noch nicht gleichbedeutend sind mit der mehr oder weniger großen Gewißheit, der Antragsteller werde ihnen nicht nachkommen und verdiene deshalb nach dem Willen des Gesetzgebers die Begünstigung nicht[32].

Greiffenhagen ist lediglich insoweit beizupflichten, als stets von Fall zu Fall sorgfältig zu prüfen ist, ob eine Begünstigung unter Auflagen sich wirklich vorteilhafter auswirkt als eine bedingte Erteilung oder auch eine gänzliche Versagung, wobei - wie bereits erwähnt - die Beurteilung des "mündigen" Bewerbers entscheidet, dessen Auffassung nicht ohne weiteres durch eine ihm gewissermaßen seitens der Verwaltungsbehörden aufgezwungene ersetzt werden darf[33].

Im übrigen dürfte folgende Lösung richtig sein: Es stehen sich hier das Gesetzmäßigkeitsprinzip in seiner Komponente als Gesetzesvorrang und das Übermaßverbot vornehmlich in seiner Komponente als Angemessenheitsgebot gegenüber. Bei einer derartigen Kollision verdient im Regelfall der unmittelbar in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte und stärker präzisierte Gesetzesvorrang den Vorzug. Er läßt aber der Anwendung des Übermaßverbotes noch Raum. Beide Grundsätze zielen nämlich letztlich darauf, den Einzelnen vor der unkontrollierten und übermäßigen Staatsgewalt zu bewahren, wobei das Übermaßverbot in größerem Maße eine Anpassung an die besonderen Umstände des Einzelfalles ermöglicht und dem gemeinsamen Anliegen beider Grundsätze im Ausnahmefall

---

32) So im Ergebnis auch: Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewerbeO, § 35, Rdnr. 124.

33) Vgl. dazu oben S. 91; Weyreuther, DVBl 1969, 237.

stärker Rechnung zu tragen vermag. Dementsprechend rechtfertigt das im Gesetz unmißverständlich ausgesprochene Verbot in aller Regel eine gänzliche Versagung der Erlaubnis. Ist aber nach den besonderen Umständen des Einzelfalles die gänzliche Versagung insbesondere unter Berücksichtigung des anerkennenden Charakters einer Vergünstigung einmal nicht erforderlich und unangemessen, ist die Begünstigung unter den erforderlichen Auflagen zu erteilen, soweit diese geeignet sind, das in den Versagungsgründen zum Ausdruck gebrachte Anliegen des Gesetzgebers ausreichend zu wahren[34]). Eine Erteilung der Erlaubnis unter entsprechenden aufschiebenden Bedingungen würde zwar dem Obermaßverbot insoweit Rechnung tragen, als sie den Antragsteller der Belastung enthebte, nach Wegfall der Versagungsgründe ein neues Erlaubnisverfahren einzuleiten, weshalb der Antragsteller schon ein wenig günstiger steht als im Falle der gänzlichen Versagung; eine bedingte Erlaubnis kann aber gegenüber einer "nur" auflagebeschwerten immer noch übermäßig stark belasten, etwa wenn einerseits dem Bewerber aus der Verzögerung erhebliche Schäden drohen und andererseits keine Zweifel bestehen, er werde die Auflagen zwar nicht bereits vor Ausnutzung der Erlaubnis, aber doch unverzüglich danach erfüllen[35]).

---

34) Vgl. dazu auch: Kollmeyer, DNotZ 1951, 65, für Auflagen und Bedingungen in landwirtschaftlichen "Genehmigungsverfahren" nach dem KontrollratsG Nr. 45 i. V. m. Durchführungsbestimmungen der Länder; Kollmeyer vertritt - weitergehend als hier - die Ansicht, daß von der Möglichkeit der Beifügung einer Auflage immer Gebrauch gemacht werden müsse, wenn auf diese Weise ein der Genehmigung entgegenstehendes Hindernis beseitigt werden könne; vgl. ferner: Baur, RdL 1950, 78.

35) Vgl. dazu auch: Weyreuther, DVBl 1969, 237.

Das Ergebnis wird bestätigt, wenn man sich klarmacht, daß gebundene Erlaubnisse mit Versagungsgründen sich von gebundenen Erlaubnissen mit besonderen Voraussetzungen, bei denen die Zulässigkeit von Auflagen zur Herbeiführung der Voraussetzungen anerkannt ist, sich im Ergebnis weniger scharf voneinander unterscheiden, als es zunächst scheint[36]. In beiden Fällen ist es Anliegen des Gesetzgebers zu umreißen, wann die Erlaubnis erteilt und wann sie versagt werden soll, wobei die Anordnung des einen regelmäßig zugleich den Ausschluß des anderen bedeutet. Das geschieht, indem der Gesetzgeber entweder Voraussetzungen für die Erlaubnis aufstellt oder Gründe, bei deren Vorliegen sie zu versagen ist, benennt. Die Voraussetzungen für die Erteilung und für die Versagung der Erlaubnis haben durchweg denselben Inhalt, sie umschreiben Sachverhalte, bei deren Vorliegen sich die Ausnutzung der Erlaubnis aller Wahrscheinlichkeit nach als Überschreitung der Grenzen, innerhalb derer die freie Entfaltung der Persönlichkeit gewährleistet ist, darstellt. Voraussetzungen und Versagungsgründe sind durchweg austauschbar. Wegen dieser weitgehenden Austauschbarkeit der gesetzlichen Konstruktionsmöglichkeiten erscheint die Annahme zutreffender, auch bei Erlaubnissen mit zwingenden Versagungsgründen sei die Erteilung der Erlaubnis gleichwohl zulässig, wenn die Versagungsgründe durch geeignete Auflagen ausgeräumt werden können und Auflagen als mildestes Mittel auch erforderlich sind.
In noch selteneren Ausnahmefällen dürfte das Übermaßverbot u. U. sogar eine Pflicht zur Anordnung von Auflagen, die der

---

36) Typisch insoweit: von Mangoldt, VerwArch 37, 123, wenn er die Fälle einer gebundenen Erlaubnis mit Versagungsgründen und einer gebundenen Erlaubnis mit besonderen Voraussetzungen von vornherein zusammenfaßt und gleichbehandelt.

Ausräumung von Versagungsgründen dienen, gebieten[37].

Nicht anders ist zu entscheiden, wenn bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Vergünstigung zu widerrufen oder zurückzunehmen ist. Auch hier kommt u. U. statt der Rücknahme in Beachtung des Übermaßverbotes eine Anordnung von Auflagen in Betracht, die geeignet sind, die Widerrufsgründe zu beseitigen[38], [39].

---

37) Vgl. die weitergehende Meinung Kollmeyer's, DNotZ 1951, 65.
Weitergehend auch: von Mangoldt, VerwArch 37, 123, und zwar insoweit als er sagt, die Erlaubnis könne beim Vorliegen der Versagungsgründe bzw. beim Nichtvorliegen der besonderen Voraussetzungen nach Ermessen erteilt oder versagt werden, was folglich auch die Berechtigung zu dem geringeren Übel, der Erteilung unter Anordnung von Auflagen, in sich schließe, sofern die Behörde nicht durch die Verpflichtung zum Versagen gebunden sei, wobei er offen läßt, wann diese Verpflichtung besteht.

38) Vgl. auch diesbezüglich: von Mangoldt, VerwArch 37, 123, der allerdings nur von Nebenbestimmungen spricht, die Vorsorge dafür treffen, daß in Zukunft nicht die Voraussetzungen eintreten, bei deren Vorliegen die Erlaubnis hätte versagt werden müssen;
Merk, aaO, S. 858; Fuhr, GewerbeO, § 33 a, h, unter Hinweis auf § 53 Abs. 2 Nr. 2 GewerbeO; von Köhler, BB 1961, 1356; Weyreuther, DVBl 1969, 236 f.
Auch diesbezügl. a. A.: Greiffenhagen, aaO, S. 200 f, jedenfalls für kartellrechtliche Auflagen; er meint, es widerspräche der Systematik des KartellG, wenn Auflagen auch dort erteilt werden dürften, wo ein Widerruf wegen Änderung der Sachlage oder wegen Mißbrauchs zulässig sei; die Widerrufsmöglichkeit sei nicht nur Grundlage sondern auch Grenze der kartellbehördlichen Tätigkeit.

39) § 32 Abs. 1, 2. Altern. des Entwurfs eines VerwaltungsverfahrensG (1973) berücksichtigt ausdrücklich nur Auflagen zur Schaffung der besonderen Voraussetzungen für die Begünstigung, nicht aber Auflagen zur Beseitigung von Versagungs- bzw. Widerrufsgründen. Angesichts der geschilderten Austauschbarkeit beider Konstruktionen kann das aber nicht schon als klare Absage an die Zulässigkeit von Auflagen zu den bezeichneten Zwecken gedeutet werden.

II. Auswirkungen bei ermessensfreien Vergünstigungen

1. Auflagen zu Vergünstigungen anerkennender Art

a) Erlaubnisse i. e. S.

Freie Erlaubnisse i. e. S. sind selten; mitunter werden sie sogar für verfassungswidrig gehalten[40]. Ohne gesetzliche Auflagenermächtigung sind bei ihnen Auflagen nur zu dem Zwecke der Schaffung von Voraussetzungen oder der Beseitigung von Versagungs- bzw. Widerrufsgründen zulässig; und auch vorhandene Auflagenermächtigungen sollten vornehmlich zu diesen Zwecken und nicht zu anderen ausgenutzt werden.

Auch bei ermessensfreien Vergünstigungen anerkennender Art könnte trotz eingeräumten Ermessens das Obermaßverbot wegen des anerkennenden Charakters der Erlaubnisse gebieten, dort Auflagen anzuordnen, wo mit ihnen eine Versagung zu vermeiden ist. Während bei den gebundenen Erlaubnissen mit gesetzlichen Voraussetzungen stets eine derartige Pflicht besteht und bei den gebundenen Erlaubnissen mit zwingenden Versagungs- bzw. Widerrufsgründen das Obermaßverbot zumindest das Recht gewährt und in Ausnahmefällen sogar die Pflicht begründet, Auflagen zu diesen Zwecken anzuordnen, bedingt die Anordnung von Auflagen bei freien Erlaubnissen zunächst nicht mehr als bloß die Möglichkeit, nunmehr von dem Ermessen, die Erlaubnis zu erteilen oder nicht zu erteilen, Gebrauch zu machen. Bei den gebundenen Erlaubnissen fordert das Obermaßverbot die Anordnung von Auflagen, gerade weil der Gesetzgeber durch die Bindung der Erlaubnis zum Ausdruck

---

40) Z. B.: BVerfG B. v. 10.7.1958 - 1 BvF 1/58 - E 8, 71 (76) mit ablehnender Anm. von Menger-Erichsen, VerwArch 1967, 278 (281 ff); ablehnend ferner: Bettermann, DVBl 1973, 186; Ossenbühl, DÖV 1968, 624; Schwabe, JuS 1973, 138; H. J. Müller, DÖV 1969, 122.

gebraucht hatte, sie solle soweit als eben vertretbar erteilt werden, und die Auflagen diese Vertretbarkeit der Erlaubniserteilung zu bewirken bestimmt und geeignet waren. Bei den freien Erlaubnissen ist ein dahingehender gesetzgeberischer Wille zumindest nicht ebenso deutlich ausgedrückt. Das könnte zu dem Schluß verleiten, die Verwaltungsbehörden seien weniger stark verpflichtet, alles zu tun, um die Voraussetzungen für die Erlaubnis zu schaffen; sie dürften deshalb auch ohne Versuch, diesem Ziel durch die Anordnung von Auflagen näherzukommen, die Erlaubnis unter Berufung auf das ihnen eingeräumte Ermessen, sofern dieses nicht ausnahmsweise auf Null reduziert wäre[41], einfach versagen.

Bei ermessensfreien Erlaubnissen i. e. S. konkurriert das gesetzlich eingeräumte Ermessen mit der grundgesetzlich eingeräumten Freiheitsvermutung zugunsten des Bewerbers um die Vergünstigung. Der Konflikt ist mittels des Obermaßverbotes zugunsten der höherrangigen Freiheitsvermutung zu lösen. Die Versagung auch einer ermessensfreien Erlaubnis läuft stets Gefahr, in die Freiheitssphäre des Antragstellers einzugreifen. Es wurde oben bereits betont, daß die Gebote der Erforderlichkeit und Angemessenheit gerade bei grundrechtsberührenden Maßnahmen gesteigerte Wirkungen entfalten. Die ohnehin gegen präventive Erlaubnisse bestehenden geschilderten rechtsstaatlichen Bedenken werden durch die Einräumung von Ermessen verstärkt. Umso stärker muß das Obermaßverbot Beachtung finden. Deshalb gilt: Wenn das Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen bzw. das Vorliegen von besonderen Versagungsgründen für die Verwaltungsbehörde der Anlaß ist, die Erlaubnis zu

---

41) Vgl. dazu: Wolff-Bachof, aaO, S. 203.

versagen, muß sie in Beachtung des Übermaßverbotes von einer gänzlichen Versagung absehen und ebenso wie bei gebundenen so auch bei ermessensfreien Erlaubnissen Auflagen anordnen, welche geeignet sind, die besonderen Begünstigungsvoraussetzungen zu schaffen bzw. ihrer Erteilung entgegenstehende Versagungs- oder Widerrufsgründe auszuräumen. Sie haben darüberhinaus Auflagen auch dann anzuordnen, wenn mit ihnen sonstige Hindernisse, derentwegen die Behörde die Erlaubnis zu versagen und die Versagung zu begründen gedenkt, überwunden werden können[42), 43)].

---

42) Vgl. dazu: von Krauss, aaO, S. 104 f, der allerdings für Ausweitungen des Prinzips auf "Maßgaben (dazu zählen auch Auflagen) nicht zwischen gebundenen und ermessensfreien Verwaltungsakten unterscheidet.

Vgl. ferner: Wolff-Bachof, aaO, S. 412, die, ohne in diesem Zusammenhang zwischen gebundenen und ermessensfreien Begünstigungen zu differenzieren, ausführen: "Nebenbestimmungen bedürfen jedoch keineswegs stets einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage; sie sind vielmehr insbesondere dann mit einem begünstigenden Verwaltungsakt vereinbar, wenn dieser auch hätte versagt werden können (z. B. freie Erlaubnis). Aus dem Übermaßverbot muß man sogar folgern, daß eine Erlaubnis unter Nebenbestimmungen ergehen muß, wenn dadurch ihre Versagung zu vermeiden ist".

43) Auch dieser beachtenswerte Gesichtspunkt ist in § 32 des Entwurfs eines VerwaltungsverfahrensG (1973) jedenfalls nicht ausdrücklich berücksichtigt.

b) Ausnahmebewilligungen und Dispense

Anders als Erlaubnisse i. e. S. stehen Ausnahmebewilligungen und Dispense zumeist im Ermessen der Behörde[44]. Vertritt man mit Rücksicht darauf, daß die in repressiven Verboten untersagten Tätigkeiten zumindest nach der Wertung des Gesetzgebers ohnehin aller Voraussicht nach sich jenseits der Schranken grundrechtlich gewährter Freiheiten bewegen, die Meinung, die Versagung einer Ausnahmebewilligung oder eines Dispenses sei anders als die einer Erlaubnis i. e. S. kein Eingriff in die Rechts- und Freiheitssphäre[45], fällt das oben vornehmlich bemühte Argument für eine Lösung der Konkurrenz zwischen dem gesetzlich eingeräumten Ermessen und der grundgesetzlichen Freiheitsvermutung zugunsten letzterer für Auflagen zu Ausnahmebewilligungen und Dispensen aus, so daß man eine Verpflichtung zur Anordnung von Auflagen verneinen könnte. Wegen der engen Verwandtschaft von Erlaubnissen i. e. S. und Ausnahmebewilligungen und Dispensen hinsichtlich ihrer Funktion, die vorrechtlich gewährte Freiheit wieder einzuräumen, vermag indes der Ausgangspunkt nicht zu überzeugen. Ein Eingriff ist nur dann zu verneinen, wenn keine Verpflichtung zur Erteilung besteht. Nun ist aber eine dahingehende Verpflichtung zumindest anerkannt, wenn die Erteilung geradezu im öffentlichen Interesse liegt[46] (vgl. z. B. § 31 Abs. 3, Satz 1, 2. Altern. BundesbauG) oder aus sonstigen

---

44) Eine Ausnahme stellt z. B. § 3 Abs. 2 VersammlungsG dar; a. A. für Fälle dieser Art: Mussgnug, aaO, S. 84 f.

45) Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., S. 353 f; nicht mehr aber in der 9. Aufl. (vgl. S. 406). Vgl. dazu auch: Friauf, JuS 1962, 425.

46) OVG Münster U. v. 8.5.1967 - X A 553/65 - VerwRspr. 19, 327 f;
Wolff-Bachof, aaO, S. 406.

Gründen das Ermessen auf Null reduziert ist[47]. Ob im übrigen eine Verpflichtung bestehen kann, richtet sich nach dem Obermaßverbot[48].

Zunächst ist zu prüfen, ob Auflagen geeignet und erforderlich sind; dabei macht die Feststellung der Erforderlichkeit (im oben dargelegten juristischen Sinne) Schwierigkeiten: Im Falle der Erteilung einer Ausnahmebewilligung oder eines Dispenses geht es um die Gestattung eines in aller Regel typischerweise gemeinschaftswidrigen Verhaltens, das lediglich für einen atypischen Einzelfall erlaubt werden soll. Dem entspricht eine Vermutung, daß in aller Regel Auflagen nicht ausreichen, die gemeinwohlschädlichen Auswirkungen der Ausnutzung einer Ausnahmegenehmigung zu verhindern oder in ausreichender Weise einzuschränken, was zur Erforderlichkeit schärferer Oberwachungsmittel,

---

47) Weitergehend hat das VerwG Münster U. v. 31.1.1966 - 2 K-437/65 - DVBl 1967, 298, mit beachtlichen, gerade den anerkennenden Charakter auch von Ausnahmebewilligungen und Dispensen berücksichtigenden Argumenten angenommen, daß stets zumindest eine Vermutung für die Pflicht zur Erteilung der Befreiungen bestände; vgl. dazu die zustimmende Anmerkung von Hoppe (DVBl 1967, 300 f) einerseits und die ablehnende Anmerkung von Scheerbarth in DVBl 1967, 301 ff andererseits.

48) Vgl.: BVerwG U. v. 29.4.1964 - I C 30/62 - E 18, 250 zu § 35 Abs. 2 BundesbauG; wenn dort sogar entschieden ist, eine verfassungskonforme Auslegung gebiete, beim Fehlen einer Beeinträchtigung öffentlicher Belange stets eine Bindung der Behörden zur Erteilung der Erlaubnis anzunehmen, so dürfte damit a-majore-ad-minus auch anerkannt sein, daß zwar nicht stets, aber im Einzelfall das Obermaßverbot eine derartige Bindung fordert. Beide Standpunkte sind insofern eng verknüpft, als das konkrete Ergebnis der verfassungskonformen Auslegung gerade durch das Obermaßverbot bedingt erscheint (vgl. dazu die obigen Ausführungen zum verfassungsrechtlichen Standort des Obermaßverbotes S. 84-87).
Zur Verpflichtung, schlechthin Ausnahmebewilligungen bzw. Dispense zu erteilen, ohne besondere Berücksichtigung der Verpflichtung, Auflagen anzuordnen, um eine Versagung der Erlaubnis zu vermeiden, vgl.: Wolff-Bachof, aaO, S. 406; Schwabe, JuS 1973, 139, m. w. N.; BVerfG B. v. 17.7.1961 - 1 BvL 44/55 - E 13, 97 (120 f); BVerfG B. v. 9.5.1972 - 1 BvR 518/62 und 308/64 - E 33, 125 (168).

als es Auflagen darstellen, führt. Es dürfte auch wenig praktikabel sein, bei der Erteilung von Ausnahmebewilligungen und Dispensen von den Verwaltungsbehörden zu verlangen, Nachforschungen anzustellen, welche Gefahren durch die beabsichtigte grundsätzlich verbotene Tätigkeit entstehen könnten und diese durch entsprechende gefahrverhütende Auflagen zu beseitigen. Bei nur i. e. S. erlaubnispflichtigen Tätigkeiten braucht die Behörde nur ausnahmsweise auftretende Gefahrenquellen aufzuspüren, was eine entsprechende Verpflichtung der Behörden zur Widerlegung der Ungefährlichkeitsvermutung nahelegt; bei Ausnahmebewilligungen und Dispensen wären alle möglichen vielfältigen Gefahrenquellen, die für den Gesetzgeber Anlaß waren, gerade statt eines präventiven ein repressives Verbot auszusprechen, ausfindig zu machen. Selbst in einem, was die Sozialschädlichkeit der Tätigkeit anbetrifft, atypischen Fall, dessen Vorliegen Voraussetzung für die Ausnahmebewilligung ist, verbleibt eine Rechtsvermutung für sozialwidrige Auswirkungen der beabsichtigten Tätigkeit.

Aus dem Erforderlichkeitsgebot des Übermaßverbotes folgt daher zwar für den Gesetzgeber die Verpflichtung, Ausnahmevorbehalte und Dispensationsermächtigungen zu schaffen[49], diese verdichtet sich indes im Regelfall bei den Verwaltungsbehörden nicht dahingehend, soweit wie möglich Auflagen anzuordnen, um durch sie instandgesetzt zu sein, von den Dispensationsermächtigungen in vertretbarer Weise auch Gebrauch machen zu können[50]. Nur in seltenen Ausnahme-

---

49) Vgl. dazu: Wolff-Bachof, aaO, S. 406; Erichsen, DVBl 1967, 270 f; von Krauss, aaO, S. 51 u. S. 105 f.

50) Pauschal kann man in Anlehnung an Wolff-Bachof, aaO, S. 406, sagen, die Pflicht zur Anordnung von Auflagen darf nicht so weit gehen, daß die gesetzliche Regel verkehrt würde; andererseits ist sie nur dann diskutabel, wenn die Gründe für eine (auflagenbeschwerte) Erteilung das öffentliche Interesse an dem repressiven Verbot überwiegen.
Vgl. insoweit auch: Mussgnug, aaO, S. 93 f.

fällen, etwa wenn die Aufnahme der repressiv verbotenen Tätigkeit gerade im öffentlichen Interesse liegen sollte, der Antragsteller ein Höchstmaß an Sicherheitsvorkehrungen nachweist, der Verwaltungsbehörde im Augenblick der Entscheidung überhaupt keine Gefahren vorschweben oder wegen der besonders einschneidenden Folgen für den Bewerber eine gänzliche Versagung unangemessen ist, mag aus dem Obermaßverbot einmal die Verpflichtung erwachsen, Auflagen anzuordnen, um durch sie Ausnahmegenehmigungen und Dispense zu ermöglichen. Voraussetzung dafür ist stets, daß der Antragsteller, den in solchen Fällen die Beweislast trifft, das Vorliegen aller Umstände dartut, welche die Ausnahmebewilligung bzw. den Dispens unter Auflagen vertretbar machen.

2. Auflagen zu Vergünstigungen teilhabegewährender Art

Für Auflagen zu teilhabegewährenden Vergünstigungen gelten die aus dem Obermaßverbot abzuleitenden vorgängigen Oberlegungen entsprechend.

3. Auflagen zu Vergünstigungen verleihender Art

Weil das Obermaßverbot eine Pflicht zur Erteilung von Auflagen allenfalls dort begründet, wo eine Versagung Gefahr läuft, zu einem Eingriff in die grundrechtlich geschützte Rechts- und Freiheitssphäre zu werden, bleibt nur noch klarzustellen, daß dies nicht der Fall ist bei der Einräumung solcher "Rechtswohltaten", die lediglich den Kreis des rechtlichen Könnens erweitern, namentlich also bei (nicht teilhabegewährenden oder anerkennenden) Beleihungen, Privilegierungen, Sondernutzungsrechten oder auch Subventionsgewährungen etc.

Verpflichtungen dazu aus anderen Gesichtspunkten, wie etwa dem Verbot willkürlicher Ungleichbehandlung u. ä., bleiben selbstverständlich unberührt.

3. Abschnitt: Rechtmäßigkeit des Inhalts von Auflagen im einzelnen

1. Kapitel: Mindesterfordernisse

§ 10 Allgemeine Mindesterfordernisse

Unbestrittenermaßen gelten auch für den Inhalt von Auflagen zunächst einige allgemeine (Verwaltungs-) Rechtsgrundsätze gleichsam als Mindesterfordernisse für ihre Rechtmäßigkeit[1]. So sind nach den einzelnen sich teilweise überschneidenden Anforderungen insbesondere Auflagen inhaltlich unrechtmäßig, wenn sie den guten Sitten zuwiderlaufen, mit ihnen Mißbrauch getrieben wird oder sie zu Zwecken benützt werden, die auf anderem Wege mangels der erforderlichen gesetzlichen Grundlage nicht zu erreichen sind[2], wenn sie eine Rechtsgrundlage schaffen, die den Grundrechtsschutz mehr oder weniger illusorisch macht[3] oder wenn sie gegen positive Verfassungsprinzipien verstoßen bzw. Prinzipien dienen, zu denen sich die Verfassung gerade nicht bekannt hat[4]. Auflagen müssen

---

1) Vgl.: Merk, aaO, S. 855, wenn er Auflagen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, für unzulässig hält; Kormann, aaO, S. 158, der ausführt, Auflagen dürften keine Mehrverpflichtungen über die vom Gesetz selbst in erschöpfender Regelung an den Verwaltungsakt geknüpften Verpflichtungen schaffen;
ferner: Fachinger, DV 1949, 145; Ludwig von Köhler, aaO, S. 169; Franz Mayer, aaO, S. 90.

2) Fachinger, DV 1949, 121; Ludwig von Köhler, aaO, S. 169; Gieseke-Wiedemann, WasserhaushaltsG, § 4 Rdnr. 5 f.

3) Mörtel, GaststättenG, Anm. 8 b zu § 5; Bay.ObLG U. v. 24.6.1971 - RReg. 8 St 59/71 - GewArch 1971, 235 (236); OVG Münster B. v. 27.7.1965 - II A 1696/64 - DVBl 1966, 118, das eine Auflage an einen Ausländer,sich jeglicher politischer Tätigkeit im Bundesgebiet (einschl. West-Berlins) zu enthalten, als mit Art. 5 GG unvereinbar erklärt hat.

4) Krüger, DVBl 1955, 520 f;
Mörtel, GaststättenG, Anm. 8 b zu § 5.

ferner inhaltlich genau und ausreichend bestimmt sein[5]. Bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Auflagen sind wiederum das Erforderlichkeitsgebot und das Angemessenheitsgebot zu beachten[6]. Unangemessen sind insbesondere Auflagen, die ein Maß an Belastung mit sich bringen, das in keinem Verhältnis zu der Bedeutung der Begünstigung steht[7]. In Beachtung des Gleichheitssatzes dürfen die Verwaltungsbehörden schließlich nicht ohne sachlichen Grund von ihrer bisherigen Auflagenpraxis zum Nachteil eines Bewerbers abweichen[8].

---

5) Fachinger, DV 1949, 146.

6) Vgl. Kormann, aaO, S. 158, der formuliert, namentlich bei polizeilichen Auflagen dürften Auflagen nur einen durch den Zweck des polizeilichen Einschreitens bedingten Inhalt haben; darüber hinausgehende Auflagen seien übermäßig;
Merk, aaO, S. 855; Franz Mayer, aaO, S. 90;
Fuhr, GewerbeO, Bem. vor § 16, unter Hinweis auf Art. 12 Abs. 1 GG; Burghartz, WasserhaushaltsG, § 4; Gieseke-Wiedemann, WasserhaushaltsG, § 4, Rdnr. 5 c.

7) Fachinger, DV 1949, 121; Engert, DVBl 1965, 12;
OVG Münster Bescheid v. 27.10.1959 - VII A 1784/56 - BBauBl 1960, 268 (allerdings für eine Bedingung zu einem Dispens).

8) Vgl.: Gieseke-Wiedemann, WasserhaushaltsG, § 4, Rdnr. 5 b.

§ 11 Insbesondere: Zweckwidrige Auflagen

Vor allem wegen ihrer Erwähnung in § 32 Abs. 3 Entwurf eines VerwaltungsverfahrensG (1973) verdienen die sogenannten "zweckwidrigen" Auflagen hier besondere Beachtung. Es sind Auflagen, die zu dem Sinn und Zweck des Hauptverwaltungsaktes in Konflikt oder gar Widerspruch treten. Sie sind - natürlich - unzulässig[9), 10)].

---

9) Kormann, aaO, S. 158; Fachinger, DV 1949, 145; Franz Mayer, aaO, S. 90; Peters, aaO, S. 162; Preuß.OVG U. v. 25.11.1926 - V. A. 3/25 - E 82, 322 (331); U. v. 10.6.1912 - IV C 186/11 - E 64, 431 (434).
Bäck-Hoffmann-Janssen-Volmer, GewerbeO, § 33 d.

10) Ganz im Sinne von § 32 Abs. 3 Entwurf eines VerwaltungsverfahrensG (1973) hat z. B. das BVerwG (in: BVerwG U. v. 17.5.1966 - IV C 207/65 - E 24, 129 (131) entschieden, daß die Erteilung einer Bodenverkehrsgenehmigung nach §§ 19 ff BBauG nicht mit der Einschränkung verknüpft werden könne, das erworbene Grundstück dürfe erst nach Zuerwerb weiterer Grundstücksflächen bebaut werden; diese Einschränkung sei (wenn mit ihr eine Auflage gemeint sein sollte) unzulässig, weil sie in Widerspruch zu Sinn und Zweck der Bodenverkehrsgenehmigung stünde, die den Erwerber des Grundstücks gerade davor schützen solle, ein Grundstück zu erwerben, auf dem er sein Bauvorhaben später aus Gründen, die bereits Gegenstand des Genehmigungsverfahrens gewesen seien, nicht verwirklichen könne.

Vgl. dazu auch: Heitzer-Oestreicher, BundesbauG, § 20 Anm. 1 b; Schrödter, BundesbauG, § 21, Rdnr. 10 (S. 208 f).
Aus entsprechenden Gründen wäre z. B. auch eine auf § 5 Abs. 1 Ziff. 3 GaststättenG gestützte Auflage an den Inhaber eines Beherbergungsbetriebes rechtswidrig, die dem Inhaber auferlegt, er dürfe nach 19 Uhr keine Gäste, die bei ihm zu übernachten gedächten, mehr aufnehmen, weil deren Anreise mit ruhestörendem Lärm verbunden sei (vgl. das ähnliche Beispiel bei: Peters, aaO, S. 162).
Dasselbe würde gelten für eine auf § 51 II. WohnungsbauG zum Zwecke der Baukostensenkung gestützte Auflage, welche die in § 40 des Gesetzes umschriebenen Anforderungen an die Mindestausstattung berührte (Beispiel von: Ehrenforth, II. WohnungsbauG, § 51 (S. 363).

Ebenso wird man entscheiden müssen, wenn die auf ein bestimmtes Gesetz gestützte und innerhalb von dessen Zielrichtung sich bewegende Auflage dem Zweck eines auf der Basis eines anderen Gesetzes erlassenen Hauptverwaltungsaktes widerspricht[11].

---

11) Man stelle sich vor, die Genehmigung zum Bau eines Hauses, in dem wie behördlicherseits bekannt sowohl eine Speisewirtschaft wie auch ein Tanzlokal (vgl. § 1 Abs. 1 Ziff. 2 GaststättenG) betrieben werden solle, würde unter Hinweis auf § 64 BauO NW und mit der Begründung, die in der Nähe des Hauses liegenden Parkplätze reichten nur aus, entweder den für die Speisewirtschaft oder das Tanzlokal zu erwartenden Zugangsverkehr aufzunehmen, mit einer Auflage versehen, wonach die Speisewirtschaft um 20 Uhr - dem für die Öffnung des Tanzlokals in Aussicht genommenen Zeitpunkt - zu schließen sei; die Auflage verträgt sich nicht mit dem Inhalt der Speisewirtschaftserlaubnis, die entsprechend den Eßgewohnheiten der zu erwartenden Gäste begriffsnotwendig eine Ausgabe von Essen auch zu Abendessenzeiten gestatten muß. M. E. ist in derartigen Fällen auch die Anwendung des Übermaßverbotes nicht geboten und folglich auch die Zulässigkeit der Auflage nicht mit dem Argument zu erreichen, die teilweise Beschränkung der Speisewirtschaftserlaubnis infolge Anordnung der Auflage sei gegenüber dem ansonsten, sei es im Bauerlaubnis- oder Gaststättenerlaubnisverfahren gänzlich zu unterbindenden Betrieb der Speisewirtschaft oder des Tanzlokals, das weniger einschneidende Mittel; das Verbot, etwas Widersprüchliches anzuordnen, oder die gesetzlich umschriebenen Erlaubnisinhalte auszuhöhlen, ist elementarer und daher gegenüber dem Übermaßverbot vorrangiger.

2. Kapitel: Ermittlung des Sachzusammenhangs

§ 12 Untersuchung des § 32 Abs. 3 Entwurf eines VerwaltungsverfahrensG (1973) samt amtlicher Begründung

Wie aus der amtlichen Begründung zu § 32 Abs. 3 Entwurf eines VerwaltungsverfahrensG (1973) zu entnehmen ist[1], soll mit der Untersagung zweckwidriger Nebenbestimmungen ein Mindestmaß an Sachzusammenhang zwischen ihnen, also auch Auflagen, und dem begünstigenden Hauptverwaltungsakt, gewährleistet werden[2]. Dieses Mindestmaß an Gewährleistung von Sachzusammenhang wird der Bedeutung des Sachzusammenhangsgebotes nicht gerecht. Ein "positiver" Bestand an Sachzusammenhang wird, wie bereits dargelegt, schon von der Rechtsnatur der

---

1) Die amtliche Begründung lautet:
"Auf die Aufnahme einer Bestimmung, daß nur solche Nebenbestimmungen zugelassen sind, die in der Zweckbestimmung des Verwaltungsaktes liegen, wurde verzichtet, um eine zu weit gehende Einschränkung des Ermessens der Verwaltungsbehörde zu vermeiden. Dagegen ist die negative Formulierung in Abs. 3 gerechtfertigt, daß die Nebenbestimmung der Zweckbestimmung des Verwaltungsaktes jedenfalls nicht zuwiderlaufen darf. Damit wird verhindert, daß durch die Beifügung einer Nebenbestimmung der ursprüngliche Zweck des Verwaltungsaktes beeinträchtigt wird."

2) Grund für die dort getroffene Regelung war nicht so sehr die Absicht, auf dieses Erfordernis ausreichenden Sachzusammenhangs zu verzichten, als vielmehr die Befürchtung, durch eine positive Umschreibung des Sachzusammenhangs die Anforderungen an ihn strenger werden zu lassen als es im Hinblick auf die Beweglichkeit der Verwaltung opportun erscheint.

Auflage her erforderlich[3]. Es wurde herausgestellt, daß nur dort von einer Auflage gesprochen werden kann, wo den Adressaten die belastende Nebenanordnung gerade aus Anlaß der Innehabung der Begünstigung trifft, wozu die zufällige Verknüpfung von Begünstigung und Belastung in einer einheitlichen Urkunde oder eine ähnliche formelle Verbindung noch nicht genügt. § 32 Abs. 3 ist vor allem deshalb korrekturbedürftig, weil er zu dem falschen (e-contrario) Schluß verleitet, Auflagen brauchten nicht stets in der Zweckbestimmung des Hauptverwaltungsaktes begründet zu sein, sondern dürften auch ohne Wahrung eines Sachzusammenhangs zu diesem angeordnet werden.

---

3) Besonders deutlich bei: Hans Rudolf Huber, aaO, S. 40 f, der m. E. mit Recht darauf hinweist, daß ein Mindestmaß an Sachzusammenhang für die Auflage begriffsnotwendig, also geradezu konstituierend ist (vgl. oben, S. 12 f).

§ 13 Untersuchung gesetzlicher Auflagenermächtigungen

I. Genau bestimmte Auflagenermächtigungen und Sachzusammenhang

Verhältnismäßig einfach ist der Sachzusammenhang zu ermitteln bei Auflagen, die auf Grund einer gesetzlichen Auflagenermächtigung ergehen, die Inhalt, Ausmaß oder Umfang der (zulässigen) Auflagen genau vorzeichnen[4]. Derartige Auflagenermächtigungen sind lediglich auszulegen[5]. Soweit eine angeordnete Auflage sich im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage hält, ist der Sachzusammenhang zwischen ihr und dem auf Grund desselben Gesetzes ergehenden Hauptverwaltungsakt ausreichend gewahrt[6]; in erster Linie entscheidet der Gesetzgeber selbst, was als ausreichend sachzusammenhängend gelten soll und was nicht; dabei ist er allerdings seinerseits an das übergeordnete Willkürverbot gebunden[7], dessen Beachtung stets ein Mindestmaß an Sachzusammenhang gewährleistet. Nicht zuletzt deswegen besteht bei den genau vorgeschriebenen Auflageninhalten und der gesetzlich geregelten Materie, in deren Zusammenhang sie stehen, über diesen lediglich "formellen" Sachzusammenhang hinaus auch ein "materieller" Bezug.

---

4) Fachinger, DV 1949, 119 f; das nach § 11 Abs. 1 GaststättenG 1930 gebildete Beispiel vermag indes nicht zu überzeugen, weil es unerörtert läßt, ob § 11 Abs. 1 nicht abschließenden Charakter hat und deshalb Auflagen, die nicht den Schutz gewisser Personengruppen zum Inhalt haben, verbietet.

5) Siehe auch: Weyreuther, DVBl 1969, 236.

6) So auch: Dicke, aaO, S. 147, der meint, bei positivrechtlichen Auflagen scheide die Verfolgung gesetzesfremder Zwecke (ohnehin) aus, da nur eine vom Gesetzgeber umrissene Möglichkeit ausgenutzt werde.

7) Hans Rudolf Huber, aaO, S. 1 ff.

So ist z. B. die auf § 18 Ziff. 1 der DeckungsvorsorgeVO zum AtomG gestützte Auflage, Änderungen der Deckungsvorsorge nur mit vorheriger Zustimmung der Genehmigungsbehörde vorzunehmen, eindeutig eine Verpflichtung, welche zunächst die gerade der DeckungsvorsorgeVO eigentümlichen Ziele und Zwecke gewährleisten soll; sie steht ferner auch mit den in § 1 des AtomG definierten Zwecken des AtomG, auf dessen Basis die Verordnung ergangen ist, in einem engen materiellen Sachzusammenhang, denn in § 1 Ziff 3 AtomG ist gerade auch der Ausgleich durch Kernenergie oder ionisierende Strahlen verursachter Schäden als gesetzliches Anliegen aufgeführt. Auch die z. B. gemäß § 51 II. WohnungsbauG nach Möglichkeit anzuordnenden Auflagen zum Zwecke der Baukostensenkung, die etwa Anordnungen über die Anwendung von Normen oder Typen für Bauten oder Bauteile, die Verwendung bestimmter Baustoffe, die Festlegung von Höchstkosten für den Kubikmeter umbauten Raum u. ä. betreffen können[8)], stehen zweifellos in ausreichend engem sachlichen Zusammenhang mit den Zielen und Zwecken des Wohnungsbaugesetzes. Dasselbe gilt schließlich z. B. für die gemäß § 54 Abs. 1 II. WohnungsbauG anzuordnende Auflage, die Bewilligung öffentlicher Mittel zum Bau eines Kaufeigenheims mit der Verpflichtung des Bauherrn zu verbinden, das Kaufeigenheim an einen geeigneten Bewerber zu veräußern; das nämlich folgt unmittelbar auf Grund des Zusammenspiels der §§ 54, 55 und 25 des genannten Gesetzes.

Auch bei Auflagenermächtigungen, die bei der Umschreibung des zulässigen Inhalts oder der zulässigen Zweckrichtung von Auflagen unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden, ist zunächst anhand anderer gesetzlicher Vorschriften der gestattete

---

8) Beispiel für Auflageninhalte von Ehrenforth, II. WohnungsbauG, § 51, S. 363.

Auflageninhalt zu ermitteln. So kann man z. B. Zweifel haben, ob die Ermächtigung des § 5 Abs. 1 Ziff. 1 GaststättenG Auflagen deckt, die bestimmte Anforderungen an die Räume, etwa deren Einteilung oder Einrichtung, zum Gegenstand haben; die Zulässigkeit derartiger Auflagen ergibt sich aber aus § 4 Abs. 1 Ziff. 2 GaststättenG, weil dort die erforderliche Beziehung zwischen den Räumlichkeiten sowie deren Ausstattung und den in § 5 Abs. 1 Ziff. 1 geschützten Rechtsgütern hergestellt ist[9)].

Bei all diesen Beispielen ist Gegenstand der Auflagen immer ein Anliegen, das auch an anderer Stelle des Gesetzes als der Auflagenermächtigungsvorschrift selbst bereits zum Ausdruck gebracht ist.

---

9) Vgl.: Michel-Kienzle, GaststättenG, § 5, Rdnr. 5; vgl. auch: VGH Mannheim U. v. 17.9.1971 - VI 525/71 -, DVBl 1972, 399; BVerwG B. v. 28.2.1972 - I C B 2/72 -, GewArch 1972, 133; natürlich ergibt sich die Zulässigkeit dieser die Räumlichkeiten betreffenden Auflagen in den Beispielfällen auch auf Grund des Übermaßverbotes.

II. Grob bestimmte Auflagenermächtigungen und Sachzusammenhang

Das Sachzusammenhangsproblem ist auch verhältnismäßig einfach zu lösen, wenn - wie z. B. im Falle des § 17 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1 AtomG - die Auflagen zwar nicht genau bezeichnet sind, aber immerhin der Zweck, dem sie dienen sollen, gesetzlich definiert ist. Sicherlich besteht ein ausreichend enger Sachzusammenhang zwischen Auflagen aufgrund von § 4 AtomG betreffs Verpackung, Transportmittel, Ladeplan, Transportbegleitung, Fahrtroute, Fahrtzeit, Kontrollmeldungen etc. anläßlich einer Beförderungserlaubnis[10] und den in § 1 AtomG umschriebenen Zwecken des Atomgesetzes.
Bei der genannten Auflagenermächtigung verdienen im Rahmen dieser Studie insbesondere drei Dinge noch besondere Beachtung: Zunächst sind die zulässigen Zwecke für Auflagen identisch mit den Zwecken des Atomgesetzes schlechthin; nach dem Atomgesetz sollen Auflagen offenbar stets aber auch nur dann inhaltlich rechtmäßig sein, wenn sie den Zwecken des Atomgesetzes dienen[11]; nicht nur die in § 17 Abs. 1 enthaltene Aufzählung der zulässigen Nebenbestimmungen[12], sondern auch die (durch Verweisung) erfolgte Bezeichnung der Auflagenzwecke hat abschließende Bedeutung. Ferner sollen gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1 Ziff. 2, 3 und 4 AtomG Auflagen schlechthin zum Zwecke der Abwehr von Gefahren, die aus dem Freiwerden der Kernenergie oder der Wirkung ionisierender Strahlen drohen, zulässig sein - die Anordnung derartiger Auflagen ist also nicht ausschließlich Sache der allgemeinen Ordnungsbehörden. Schließlich stellt sich das Problem, ob die in § 1 Ziff. 1 verwandte Wendung "zur

---

10) Beispiele für Auflageninhalte bei Fischerhoff, AtomG, Anm. 4 zu § 4.

11) Fischerhoff, AtomG, Anm. 2 zu § 17.

12) Vgl. insoweit: Fischerhoff, AtomG, Anm. 2 zu § 17, der seine Ansicht mit der Besonderheit der Materie begründet; siehe auch: Borst, DVBl 1960, 164.

Förderung der Erforschung, Entwicklung und Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken" u. U. auch Auflagen rechtfertigt, die zur positiven Förderung der Zwecke des Atomgesetzes angeordnet werden[13].

Das angeschnittene Problem der Auslegung von Auflagenermächtigungen ist schon schwieriger bei Vorschriften wie etwa § 13 GüterkraftverkehrsG und § 16 PersonenbeförderungsG, wonach Auflagen zu Genehmigungen nach diesen Gesetzen "sich im Rahmen der verkehrswirtschaftlichen Ziele" bzw. "im Rahmen dieses Gesetzes" halten müssen; das Problem ist insofern schwieriger, als die verkehrswirtschaftlichen Ziele nicht definiert sind. Im Ergebnis sind auch hier nur solche Auflagen ausreichend sachbezogen, die durch den Zweck der bestehenden Gesetze und die vom Gesetzgeber gewollte Ordnung des Verkehrswesens in beiden Zweigen gerechtfertigt sind[14]. Dabei ist gerade für § 13 PersonenbeförderungsG vom BVerfG[15] - wenn auch nicht expressis verbis in dieser Deutlichkeit - entschieden, daß es für einen ausreichenden Zusammenhang noch nicht genügt, wenn der Gegenstand der Auflage noch (irgendwie) mit den Zielen und Zwecken der gesetzlich geregelten Materie in Beziehung gebracht werden kann. So läßt sich z. B. unbestreitbar zwischen der im zu entscheidenden Fall einer Kraftdroschkenbetriebsgenehmigung nach § 2 Nr. 3 PersonenbeförderungsG beigefügten Auflage, das Fahrzeug nicht an Selbstfahrer zu vermieten, und einem geordneten Personenbeförderungsverkehr, dem Gegenstand der gesetzlichen Regelung, eine Beziehung herstellen: Ein an Selbstfahrer vermietetes Fahrzeug unterliegt vermutlich einem erhöhten Ver-

---

13) Hervorgehoben auch bei: Fischerhoff, AtomG, Anm. 2 zu § 17.

14) Greif, PersonenbeförderungsG, § 16 Abs. 1 Satz 1 unter Berufung auf BVerwG U. v. 27.2.1958 - 1 C 42/57 -, DVBl 1958, 436 f; Münz-Haselau-Hermann-Liebert, GüterverkehrsG, § 13; zu diesem Typ von Auflagenermächtigung vgl. auch: Kiekebusch, VerwArch 57, 28 f, der in ihnen einen allgemeingültigen Grundsatz sieht.

15) BVerwG U. v. 27.2.1958 (vgl. Fußn. 14), DVBl 1958, 436 f; Greif, PersonenbeförderungsG, § 16, Rdnr. 2.

schleiß, der zu einer Gefahr für die späteren Benutzer der Kraftdroschke werden kann, deren Abwendung in Zusammenhang mit den Anliegen des PersonenbeförderungsG steht. Zu Recht aber stellt die zitierte Entscheidung klar, daß der durch die Vermietung an Selbstfahrer bedingte erhöhte Verschleiß völlig unabhängig von den Zielen und Zwecken des PersonenbeförderungsG erhöhte Sorgfaltspflichten des Unternehmers begründet, bei deren Erfüllung die Sicherheit des Personenbeförderungswesens nicht gefährdet ist. Es bedarf nicht der besonderen Vorschriften des PersonenbeförderungsG, um die Kraftdroschkenunternehmer anzuhalten, für den ordnungsgemäßen Zustand ihrer Fahrzeuge zu sorgen und diesen Zustand durch das Verbot bestimmter Verwendungsarten der Fahrzeuge zu gewährleisten. Auflagen mit diesem Inhalt finden also durchweg nicht ihre Rechtfertigung in den spezifischen Zielen und Zwecken des PersonenbeförderungsG. Etwas anderes würde gelten, wenn erfahrungsgemäß und typischerweise das Vermieten von Kraftdroschken an Selbstfahrer etwa wegen Wegfalls der erforderlichen Beförderungskapazitäten für den normalen Taxiverkehr gerade mit den besonderen Anliegen des PersonenbeförderungsG unvereinbar wäre; dann stellte sich eine die Vermietung von Kraftdroschken an Selbstfahrer untersagende Auflage als eine Maßnahme dar, deren Zweck in der Gewährleistung eines der spezifischen Ziele des PersonenbeförderungsG läge und die deshalb in einem engen unmittelbaren Zusammenhang mit der Materie des Gesetzes, auf Grund dessen sie erging, stünde[16), 17)].

---

16) Vgl. die Argumentation in den Urteilsgründen von: BVerwG U. v. 27.2.1958 - 1 C 42/57 - DVBl 1958, 436 f; Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewerbeO, § 33 d, Rdnr. 14, die zu Recht bemerken, daß die besprochene Entscheidung allgemeine Geltung beanspruchen könne; ebenso: Fuhr-GewerbeO, Vorbem. vor § 16.

17) An dieser Stelle zeigt sich ein Zusammenhang mit dem Übermaßverbot: Die Anordnung von Auflagen, die nach Ziel und Zweck des PersonenbeförderungsG nicht als notwendig erscheinen, bedeutet zugleich Übermaß; deswegen ist es wenig verwunderlich, wenn in den Gründen der zitierten Entscheidung nicht klar unterschieden wird zwischen fehlendem Sachzusammenhang und Übermaßverbot.

III. Auflagen zur Beseitigung von Begünstigungshindernissen und Sachzusammenhang

Auflagen, die dem Zwecke dienen, die gesetzlich besonders aufgeführten Voraussetzungen für die Begünstigung herbeizuführen oder ihr entgegenstehende gesetzliche Versagungsgründe auszuräumen, wahren in aller Regel das Erfordernis ausreichend engen Sachzusammenhangs zwischen Auflage und Gesetz, auf Grund dessen begünstigender Verwaltungsakt und Auflage ergehen[18]. In Hinblick auf den Sachzusammenhang stehen solche Auflagen den nach Maßgabe des Gesetzes im übrigen zulässigen oder gar gebotenen Auflagen besonders nahe. Wie diese haben auch sie eigens einen Gegenstand zum Inhalt, der in dem betreffenden Gesetz unmittelbar und geradezu eigens geregelt ist und der insofern mit dem Hauptanliegen des Gesetzes (teil-) identisch ist[19].
So verwirklicht z. B. eine auf § 2 Abs. 1 Ziff. 7 ApothekenG gestützte Auflage an einen wie behördlicherseits bekannt vormals zu einer Alkoholentziehungskur in eine Anstalt eingewiesenen Apotheker, eine Bescheinigung über den erfolgreichen Abschluß der Behandlung von seiten des behandelnden Arztes beizubringen, sicherlich den in § 1 Abs. 1 ApothekenG erklärten Gesetzeszweck, die im öffentlichen Interesse gebotene ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen - ein Anliegen, das in den übrigen Vorschriften des ApothekenG, also auch in § 2, ledig-

---

18) Vgl.: Kiekebusch, VerwArch 57, 29; Ludwig von Köhler, aaO, S. 169.

19) Vgl.: Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewerbeO, § 12, Rdnr. 10 und § 60, Rdnr. 8;
Fuhr, GewerbeO, § 12, 6, d).

lich konkretisiert wird[20].

Schwierig wird die Abgrenzung zwischen ausreichend sachbezogenen und unsachgemäßen Auflagen mit der bezeichneten Funktion, wenn das Gesetz bei der Umschreibung der Voraussetzungen oder der Versagungsgründe unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet und Auflagen zur Schaffung bzw. Beseitigung solcher derart unbestimmt umschriebener Umstände angeordnet werden. Es stellt sich dann auch bezüglich des zulässigen Inhalts der Auflagen das allgemeine Problem, den unbestimmten Rechtsbegriff auszulegen und zu entscheiden, welche Lebenssachverhalte von ihm noch erfaßt werden und welche nicht mehr. Abgesehen von prozeßrechtlichen Problemen der gerichtlichen Kontrolldichte ist es gleichgültig, ob der Verwaltungsbehörde bei Erfüllung dieser Aufgabe ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist oder nicht, denn auch die Gewährung von Beurteilungsspielraum entbindet die Verwaltungsbehörde nicht, den unbestimmten Rechtsbegriff zutreffend auszulegen und anzuwenden, wenngleich sie wegen tatsächlich oder rechtlich eingeschränkter ge-

---

20) Hierher gehört auch der vom Preuß.OVG U. v. 9.10.1924 - III C 2/24 - E 79, 306 ff entschiedene Fall zu § 30 GewerbeO, und zwar insofern, als z. B. die Auflage, daß jeder in die Anstalt aufzunehmende Lungenkranke ein Attest des Kreismedizinalrates über die Unbedenklichkeit seiner Aufnahme in die Anstalt beizubringen habe, von § 30 Abs. 1 Buchst. d) gedeckt ist (vgl. dazu auch: Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, GewerbeO, § 30, Rdnr. 19);
ferner: Bäck-Hoffmann-Janssen-Volmer, GewerbeO, § 30, 2., die aber unnötigerweise zur Begründung der Zulässigkeit von Auflagen zu einer Erlaubnis nach § 30 anführen, die zahlreichen in Abs. 1 genannten unbestimmten Rechtsbegriffe sowie die hier vorliegende Bindung an Lage, Raum, Betriebsart etc. erforderten zwingend eine genaue Bezeichnung des Inhalts der Erlaubnis und damit auch ihrer Voraussetzungen und Grenzen.

richtlicher Oberprüfbarkeit dazu verleitet sein mag, weniger sorgfältig zu verfahren.
Eine richtige Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist nicht möglich, ohne die Ziele und Zwecke des Gesetzes, innerhalb dessen sie verwandt sind, zu berücksichtigen. Der Gegenstand der gesetzlichen Regelung muß in erster Linie ausschlaggebend für ihren Inhalt sein. Dementsprechend sind auch Auflagen zur Schaffung unbestimmt umschriebener Voraussetzungen oder Beseitigung entsprechender Versagungsgründe nur sachgemäß, wenn sie Verpflichtungen zum Inhalt haben, deren Beachtung nach zutreffender Auslegung der unbestimmten Begriffe vom Gesetzgeber mit ihrer Aufnahme in das Gesetz bezweckt war. Auch in diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß ein irgendwie gearteter Zusammenhang zwischen gesetzlicher Materie und Inhalt der Auflage nicht ausreicht, sondern ein spezifischer Bezug zwischen beiden bestehen muß.
Z. B. wurde für die einem sich hartnäckig die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen weigernden Apotheker auferlegte Auflage,keine sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer zu beschäftigen, etwa folgendes gelten: Die Auflage könnte zu der Erteilung der Apothekenbetriebserlaubnis angesichts des Fehlens einer Auflagenermächtigung allenfalls zulässig sein zur Schaffung der in § 2 Abs. 1 Ziff. 4 genannten Voraussetzung der für den Betrieb einer Apotheke erforderlichen Zuverlässigkeit; was unter Zuverlässigkeit im Sinne des ApothekenG zu verstehen ist, wird zunächst in § 2 Abs. 1 Ziff. 4 negativ umschrieben, darüberhinaus darf zur Klärung des Begriffsinhaltes auch auf die übrigen Vorschriften des Gesetzes abgestellt werden. Da nun aber an keiner Stelle des ApothekenG noch innerhalb der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen die Einhaltung arbeitsrechtlicher Bestimmungen im allgemeinen, geschweige denn die Zahlung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung im besonderen geregelt oder nur andeutungsweise erwähnt ist und die Sozialversicherung von Arbeitnehmern auch kein typischerweise mit dem Betrieb gerade einer Apotheke zusammenhängendes Problem darstellt, wird man die Bereitschaft zur Zahlung der Arbeitgeberanteile nicht dafür ausschlaggebend sein lassen dürfen,

ob der Apotheker im Sinne des ApothekenG zuverlässig ist oder nicht. Die eingangs erwähnte Auflage wäre also m. E. wegen Fehlens eines ausreichend engen Sachzusammenhangs mit dem Gegenstand des ApothekenG unzulässig[21]. Es soll indes nicht übersehen werden, daß unbestimmte Rechtsbegriffe derart weit gefaßt sein können, daß sie die Berücksichtigung nahezu aller denkbaren öffentlichen oder auch besonders wichtigen privaten Belange ermöglichen und folglich auch entsprechende Auflagen zulässig machen können. So ähneln z. B. die in § 35 Abs. 1 GewerbeO aufgeführten Umstände für eine Untersagung der Fortführung des Gewerbebetriebes - die Auflagen ebenso und in gleichem Umfang rechtfertigen wie besondere Voraussetzungen oder Versagungsgründe bezüglich der Aufnahme des Betriebes - in ihrer Unbestimmtheit und Weite der allgemeinen polizeilichen Generalklausel; ebenso wie diese es ermöglicht, Gefahren unabhängig davon zu begegnen, ob diese im Zusammenhang mit einer bestimmten sachlichen Materie wie etwa dem Wasserhaushalt, dem Feuerschutz, dem Gesundheitswesen etc. entstanden sind, gestattet § 35 Abs. 1 GewerbeO Auflagen nahezu beliebigen Inhalts anzuordnen, wenn diese nur geeignet sind, die im Betrieb Beschäftigten oder die allgemeinheit vor einer Gefährdung des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit, der Sittlichkeit, des Eigentums oder des Vermögens zu schützen. Bei derartig weitgefaßten Rechtsbegriffen macht nicht so sehr die Ermittlung eines Sachzusammenhangs Schwierigkeiten als vielmehr nur, ob im Einzelfall eine genügend konkrete Gefahr für die im Gesetz genannten Rechtsgüter besteht, die - bezogen auf das Beispiel - entweder eine Untersagung des Gewerbetriebes oder aber Auflagen rechtfertigt.

---

21) A. A. für eine entsprechende Auflage auf Grund von § 35 Abs. 1 GewerbeO:
OVG Münster U. v. 18.1.1961 - IV A 295/59 -, E 16, 197 (204 f); BVerwG U. v. 24.2.1966 - IC 37/65 - DVBl 1966, 441 ff; zu beachten ist allerdings, daß der Begriff der "Zuverlässigkeit" in § 35 Abs. 1 GewerbeO weiter erscheint als der in § 2 Abs. 1 Ziff. 4 ApothekenG, so daß die genannten Entscheidungen der hier für den Bereich des Apotekenrechts vertretenen Meinung nicht unbedingt entgegenstehen müssen;
Zur Obertragbarkeit der Entscheidung auf den Bereich des Gaststättenrechtes vgl.: Michel-Kienzle, GaststättenG, Anm. 8 zu § 5 (bejahend).

Auflagen auf der Basis derartig weitgefaßter Vergünstigungsvoraussetzungen kranken dementsprechend wohl nicht so leicht an fehlendem Sachzusammenhang, sondern eher an Übermäßigkeit etwa wegen ungenügend konkreter Gefahr.
Da z. B. nach Art. IV und VI des KontrollratsG 45 und seiner Durchführungsbestimmungen für die Prüfung der Gründe, aus denen u. a. die Veräußerung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke untersagt werden konnte, ausschließlich ernährungspolitische Rücksichten maßgebend sein sollten, durfte Gegenstand von Auflagen zur Ausräumung der Versagungsgründe auch nur sein, was gerade die Volksernährung sicherstellte; so waren unzulässig etwa Auflagen zur Wahrung des Familien- und Sippengedankens, weil deren Wahrung mit der Ernährungssicherung nichts zu tun hat, ebenfalls Auflagen zur Durchsetzung von privaten Interessen der Vertragsparteien, weil dieses ausschließlich Sache der Vertragsparteien und nicht der Genehmigungsbehörden ist, und wohl auch - wenn auch nicht so eindeutig - Auflagen, welche die Ansiedlung betrafen, weil die Regelung des Siedlungswesens in den Bodenreform- und Siedlungsgesetzen spezieller geregelt war und deshalb mit den betreffenden Vorschriften des KontrollratsG 45 in vergleichsweise losem und nicht ausreichend engem, spezifischen Sachzusammenhang stand[22].
Auch soweit Auflagen Hindernisse für die Erteilung der Begünstigung auszuräumen bestimmt sind, die sich aus anderen Gesetzen als dem, auf Grund dessen die Begünstigung zu erteilen ist, ergeben, muß das Sachzusammenhangsgebot als gewahrt gelten; denn auch in solchen Fällen ermöglichen Auflagen erst die Erteilung der Begünstigung[23].

---

22) Beispiele für Auflageninhalte bei: Kollmeyer, DNotZ 1951, 63 ff;
vgl. auch: OLG Freiburg B. v. 22.9.1949 - Wl 13/49 - RdL 1950, 19 ff;
Riedel, Süddt. JZ 1950, 91 f.

23) So auch: Wolff-Bachof, aaO, S. 412.

§ 14 Folgerungen für unbestimmte Auflagenermächtigungen

I. Sachzusammenhang im allgemeinen

Für ausdrückliche und stillschweigende unbestimmte Auflagenermächtigungen können nur die bislang gewonnenen Aussagen als Kriterien für den zulässigen Inhalt von Auflagen herangezogen werden. Abgesehen von der Wahrung bestimmter Mindesterfordernisse der erwähnten Art einerseits und vorbehaltlich großzügigerer Beurteilung bei gefahrenabwehrenden Auflagen andererseits, muß der Inhalt von Auflagen, auch ohne daß er im Gesetz ausdrücklich mehr oder weniger eng umschrieben wäre, an den Zielen und Zwecken des angewandten Gesetzes orientiert sein[24].

---

24) Vgl. Kormann, aaO, S. 158, der von Unzulässigkeit wegen mangelnden Zusammenhangs mit dem Verwaltungsakt, dem die Auflage beigefügt ist, spricht; z. B. dürfe die Baupolizeibehörde die Bauerlaubnis nicht zur Geltendmachung kommunaler Verpflichtungen benutzen; in einem solchen Fall handele es sich um einen Akt öffentlich-rechtlicher exceptio doli;
so: Peters, aaO, S. 162, wenn er formuliert: "insbesondere muß die Auflage in innerem Zusammenhang mit dem Verwaltungsakt stehen".
Ferner: Merk,aaO, S. 855, der von "sachwidrig wegen mangelnden inneren Zusammenhangs mit der Verwaltungsverfügung" spricht;
ähnlich: Wolff-Bachof, aaO, S. 412: "Nebenbestimmungen müssen einen inneren Bezug auf den mit der Begünstigung zu erreichenden Zweck aufweisen (Gebot der Bezüglichkeit)";
vgl. auch: Fachinger, DV 1949, 121; von Mangoldt, VerwArch 37, 110; Kiekebusch, VerwArch 57, 28 f;

Mörtel, GaststättenG, § 5, Rdnr. 8; Michel-Kienzle, GaststättenG, § 12, Rdnr. 4; Greif, PersonenbeförderungsG, § 16, Rdnr. 2; Münz-Haselau-Herrmann-Liebert, GüterkraftverkehrsG, § 13; Fuhr, GewerbeO, Vorbem. vor § 16; Bäck-Hoffmann-Janssen-Volmer, GewerbeO, § 34 a, 3; Eyermann-Fröhler, HandwerksO, § 22, Rdnr. 13; Marschall, BundesfernstraßenG, § 8, Rdnr. 3.5; Greiffenhagen, aaO, S. 188 f.

Es ist nicht gerechtfertigt, aus dem Fehlen einer Inhaltsumschreibung und Zweckangabe den Schluß zu ziehen, Auflagen seien mit beliebigem Inhalt und zu beliebigen Zwecken zulässig[25]. Ihre Rechtfertigung muß vielmehr im Gesetzestext selbst liegen[26]. Mitunter wird auch - streng genommen also enger - formuliert, die Auflage müsse aus der Zweckbestimmung des zugrundeliegenden Hauptverwaltungsaktes selbst begründet sein, was in dieser Form indes nur bei Auflagen zur Schaffung von Voraussetzungen oder Ausräumung von Hindernissen für gerade den begünstigenden Verwaltungsakt selbst zutrifft. Bei Ermessenseinräumung ist die Auswahl sachgerechter Auflagen Teil einer sachgerechten Ermessensbetätigung[27]. Auflagen sind stets sachgemäß, wenn sie auf der Grundlage des betreffenden Gesetzes auch als selbständige Verpflichtung angeordnet werden könnten; die Behörde muß die entsprechende Sachbefugnis haben[28], die ihr entweder in einer Einzelvorschrift ausdrücklich zugewiesen sein kann oder kraft Sachzusammenhangs bzw. als

---

25) So ausdrücklich: Fuhr, GewerbeO, Vorbem. vor § 16.

26) Frank, WaffenG, § 10, Erl. 2.

27) Vgl.: Gerhard Huber, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 217, für freie Kartellerlaubnis und Auflagen auf Grund von § 11 Abs. 3 KartellG;
vgl. ferner: Benisch, WuW 1961, 454, ebenfalls für Auflagen zu kartellrechtlichen Erlaubnissen;
ferner: Greiffenhagen, aaO, S. 187-202.

28) So auch: von Mangoldt, VerwArch 37, 124, wenn er die Ermächtigung zum Erlaß von Auflagen in der A-majore-ad-minus-Argumentation erblickt, das Ermessen zur Erteilung oder Versagung der Vergünstigung aber "allerdings immer nur in den Grenzen ihrer Zuständigkeit oder des ihrer Fürsorge anvertrauten Interessengebietes" gewähren will;
vgl. auch: Fachinger, DV 1949, 121.

Annex allgemein als auf sie übertragen gilt. Auf keinen Fall erweitern sich Aufgabenkreis und Betätigungsmöglichkeit einer Verwaltungsbehörde durch die Möglichkeit, einen nach (pflichtgemäßem) Ermessen zu erlassenden Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen zu versehen[29), 30)].

Aus diesen Gründen ist z. B. die Auflage zu einer Kartellerlaubnis unzulässig, Änderungen des genehmigten Kartellvertrages seien bei der Genehmigungsbehörde einzureichen, auch wenn sie keine Wettbewerbsbeschränkungen beträfen[31)]. Liegt eine Wettbewerbsbeschränkung nicht vor, ist die Kartellbehörde für ein Einschreiten überhaupt nicht zuständig; die Vorschriften des KartellG lassen an keiner Stelle erkennen, daß auch die Oberprüfung von Vereinbarungen, die keine Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, Gegenstand des KartellG sein soll[32)]. Ohne Einbeziehung von Vereinbarungen, die keine Wettbewerbsbeschränkungen zum Inhalt haben, müßte man die Auflage freilich für zulässig erachten, denn sicherlich gehört es mit zu den von Gesetzes wegen den Kartellbehörden übertragenen Aufgaben, zu überprüfen, ob eine Änderung des Kartellvertrages wettbewerbsbeschränkende

---

29) Vgl.: Kormann, aaO, S. 158, der insbesondere auf die Gefahr des Mißbrauchs der Auflage in Fällen hinweist, wo verschiedene gesetzlich geregelte Materien in Personalunion wahrgenommen werden;
ferner: Fachinger, DV 1949, 121; Fuhr, GewerbeO, § 30, f).

30) Vgl. auch die Darstellung der Dialektik von Trennung und Gebundenheit der Verwaltung bezüglich der Zuständigkeitsverteilung bei: Krüger, DVBl 1955, 518 f und Schlund, BayVBl. 1968, 8.

31) A. A. aber: BKartellA B. v. 20.8.1963 WuW, 687; BKartellA B. v. 18.11.1963 WuW,760 Anm. 3.

32) So mit Recht: Greiffenhagen, aaO, S. 189 gegen die Entscheidung des BKartellA (aaO, Fußnote 31).

Auswirkungen befürchten läßt oder nicht. Andererseits dürfte eine Auflage mit dem Inhalt, die Beendigung oder Aufhebung des Kartellvertrages sei der Kartellbehörde mitzuteilen, sachgemäß und zulässig sein. Dagegen sprechen zwar zunächst die Überlegungen, die Aufhebung des Vertrages stände allein im Belieben der Vertragsparteien und sei nicht genehmigungspflichtig, mit der Vertragsbeendigung endeten die Befugnisse der Kartellbehörde und § 9 Abs. 3 KartellG enthalte bezüglich der Mitteilung von Vertragsbeendigungen oder -aufhebungen keine Muß- sondern lediglich eine Sollvorschrift[33]; das Vorhandensein dieser Vorschrift aber zeigt klar das Anliegen des KartellG, den Kartellbehörden auch die Überwachung der Beendigung von Kartellverträgen zu übertragen - ein Anliegen, dem die benannte Auflage gerade dient. Freilich kann eine solche Auflage im Einzelfall übermäßig sein.

Inhaltlich völlig unbestimmte Auflagenermächtigungen lassen in der Regel alle Auflagen zu, die sich im Rahmen der Zweckbestimmung des angewandten Gesetzes halten. Ausnahmsweise aber kann eine zutreffende Auslegung der Auflagenermächtigung ergeben, daß Auflagen gleichwohl nur unter engeren Voraussetzungen zulässig sein sollen. So gelten z. B. für die auf § 12 Abs. 3 GaststättenG gestützten Auflagen dieselben Inhaltsbeschränkungen wie für die nach § 5 GaststättenG einzuordnenden. Weder das in § 12 Abs. 3 eingeräumte Ermessen noch das Fehlen einer Beschränkung, wie sie § 5 Ziff. 1 - 3 beinhaltet, rechtfertigt ein anderes Ergebnis; § 5 GaststättenG erscheint als generelle Vorschrift für den möglichen Inhalt sämtlicher Auflagen nach dem GaststättenG; eine groß-

---

33) So: Greiffenhagen, aaO, S. 189.

zügigere Handhabung bei Auflagen nach § 12 Abs. 3 GaststättenG würde die von dieser Vorschrift bezweckte Privilegierung der lediglich aus besonderem Anlaß betriebenen Gaststätte weitgehend unterlaufen, indem nämlich z. B. nicht vorgesehene Erlaubnisvoraussetzungen als Auflagen erscheinen könnten[34].

Schließlich sei bemerkt, daß die Beachtung des Gebotes der Bezüglichkeit zwar in den weitaus meisten Fällen eine Beschränkung des zulässigen Inhalts von Auflagen bedingt, dies ausnahmsweise aber nicht der Fall zu sein braucht, wenn nämlich zu der gesetzlich geregelten Materie, in deren Zusammenhang die Auflage ergeht, die Wahrung aller möglichen öffentlich-rechtlichen Interessen gehört, wie es z. B. im Ausländerrecht und im allgemeinen Ordnungsbehörden- und Polizeirecht der Fall ist. Namentlich im Ausländerrecht sind Auflagen etwa auf Grund von § 7 Abs. 3 unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 1 Satz 2 AusländerG inhaltlich schon immer dann zulässig, wenn sie nur der

---

34) So im Ergebnis, wenn auch ohne Begründung: Müller, GaststättenG, § 12 (S. 39);
a. A. aber: Michel-Kienzle, GaststättenG, Rdnr. 4 zu § 12; Mörtel, GaststättenG, § 5, Rdnr. 15, der bei Auflagen im Rahmen des § 12 aber differenziert: soweit Auflagen zum Schutze Dritter angeordnet würden, gelte § 5, es seien aber darüberhinaus Auflagen zulässig.

Belange der Bundesrepublik Deutschland dienen[35), 36)]. Es liegt hier aber keine Ausnahme von dem Gebot der Wahrung ausreichend engen Sachzusammenhangs vor.

---

35) Schiedermair, Ausländerrecht der BRD, § 7 AusländerG, Anm. 8.

36) So sind z. B. nach §§ 2 Abs. 1 und 7 Abs. 3 AusländerG Auflagen gerechtfertigt, die Einreisenden, welche (in Ländern außerhalb der EWG) als Gastarbeiter angeworben wurden, verbieten, bestimmte Berufe auszuüben, insbesondere selbständig ein Gewerbe zu betreiben; so: BVerwG U. v. 18.12.1969 - I c 33/69 - DVBl 1970, 623;
es gehört zu den den Ausländerbehörden übertragenen Auflagen, auch insoweit für die Belange der BRD Sorge zu tragen, als im Interesse der Volkswirtschaft der BRD als Arbeitnehmer angeworbene Ausländer sich nach Möglichkeit entsprechend betätigen.
Demgegenüber vertritt Franz, DVBl 1970, 626 (Anm. zu BVerwG U. v. 18.12.1969) die Auffassung, die Auflage stehe nicht in genügend engem Sachzusammenhang mit den Aufgaben gerade der Ausländerbehörde; sie betreffe eine Arbeitserlaubnis und damit einen Gegenstand, dessen Wahrnehmung nicht den Ausländerbehörden, sondern den Arbeitsämtern übertragen sei. Die Übertragung der Aufgabe, Arbeitserlaubnisse zu erteilen, auf Arbeitsämter, kann indes nicht eine Beschränkung der Aufgaben der Ausländerbehörden bedeuten. Diese sind gewissermaßen in einem Vorschaltverfahren schlechterdings uneingeschränkt dazu berufen, Gefahren, Nachteile oder unerwünschte Zustände, welche der BRD von seiten Einwanderungswilliger drohen, abzuwenden, gleichgültig, auf welchem Sachgebiet i. e. S. (Wohnungswesen, Gesundheitswesen, Arbeitsmarktlage etc.) Belange der BRD beeinträchtigt werden könnten. Insofern liegt das Schwergewicht der in der Auflage enthaltenen Anordnung nicht so sehr in einer Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung einer Arbeitserlaubnis, sondern in der Anordnung, es zu unterlassen, Belange der BRD in der von der Auflage bezeichneten Art zu gefährden.

II. Gesetzeszweckgewährleistende und gefahrenabwehrende Auflagen

Auflagen sind, wie bereits mehrfach erwähnt, ein besonders geeignetes Mittel, die mit der Ausnutzung einer Begünstigung einhergehenden Gefahren oder Schäden zu verhindern, zu vermeiden oder auszugleichen[37]. Soweit sie dazu dienen, Gefahren zu bekämpfen, welche gerade den durch das betreffende Gesetz geschützten Rechtsgütern drohen, helfen sie, den spezifischen Gesetzeszweck zu gewährleisten und den Willen des Gesetzgebers zu verwirklichen - man kann sie kurz als gesetzeszweckgewährleistende Auflagen bezeichnen. Sie sind zulässig, auch wenn das Gesetz den Verwaltungsbehörden nicht ausdrücklich die Aufgabe übertragen hat, für die Verhinderung von Schäden oder die Abwehr von Gefahren zu sorgen, die den gesetzlich geregelten Materien und Belangen drohen. Die Wahrnehmung derartiger Befugnisse ist bloß Annex zu den sonstigen gesetzlichen Aufgaben und folgt gewissermaßen aus der Natur der Sache. Auflagen, die in Verfolg dieser Oberwachungs- und Kontrollbefugnisse ergehen, sind jedenfalls aus dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs niemals unzulässig[38]. Sie werden allerdings

---

37) So besonders deutlich: Ludwig von Köhler, aaO, S. 166, wenn er ausführt, "... dient dem Zweck, die Verhinderung von Nachteilen für das Gemeinwohl sicherzustellen, die aus dem erlaubten, genehmigten, verliehenen, konzessionierten Unternehmen usw. entstehen können".

38) BVerfG B. v. 29.4.1958 - 2 BvO 3/56 - E 8, 143 (149 f); BVerfG Gutachten v. 16.6.1954 - 1 PBvV 2/52 - E 3, 407 (433); BVerfG U. v. 28.2.1961 - 2 BvG 1,2/60 - E 12, 205 (251);
vgl. dazu: Kiekebusch, VerwArch 57, 29, der feststellt, es könne als allgemeiner Grundsatz angesehen werden, daß Nebenbestimmungen immer nur dann ... hinzugefügt werden dürften, wenn dies - wie § 30 Abs. 1 AußenwirtschaftsG z. B. es ausdrücke - zur Wahrung der nach dem Gesetz geschützten Belange erforderlich sei; diese Ansicht ist möglicherweise zu eng.

mitunter als "antizipierte Mißbrauchsaufsicht"[39] kritisiert; sie sind in der Tat häufig übermäßig und deshalb unzulässig[40].

In zahlreichen Gesetzen finden sich Ermächtigungen für Auflagen, die der Abwehr von Gefahren dienen sollen, welche erfahrungsgemäß von den gesetzlich geregelten Materien ausgehen[41] - sie sind gefahrenabwehrende Auflagen. Besonders für Auflagen im Bereich des Baurechts - z. B. auf Grund von § 88 Abs. 3 BauO NW - ist anerkannt, daß die Baugenehmigungs-

---

39) Vgl. etwa: Greiffenhagen, aaO, S. 200, für den Bereich des Kartellrechts.

40) Die meisten der sog. überwachungsrechtlichen Auflagen (z. B. Informationsauflagen) dürften aus diesem Grunde, nicht aber wegen ungenügenden Sachzusammenhangs unzulässig sein; das gilt etwa auch für die einem Rationalisierungskartell gegenüber gemachte Auflage, mit der sichergestellt werden soll, daß der vom Kartell angestrebte und vom KartellG gebilligte Rationalisierungserfolg tatsächlich eintritt; das KartellG verlangt nicht den Erfolgseintritt, sondern nur die Geeignetheit des Kartells, den Rationalisierungserfolg herbeizuführen; Auflagen, die den Erfolg gewährleisten sollen, sind folglich übermäßig, ohne daß sich ein enger Sachzusammenhang mit dem Sinn und Zweck der Kartellerlaubnis bezweifeln ließe.
Vgl. dazu: Greiffenhagen, aaO, S. 190 f und 300, m. w. N.;
ferner: Gerhard Huber, Festschrift für Ernst Rudolf Huber, S. 203 ff, 209, mit zahlreichen Beispielen.

Greiffenhagen, aaO, S. 200 f, vertritt übrigens die Ansicht, es widerspreche dem Zweck und der Systematik des KartellG, wenn die Kartellbehörde auch dort Auflagen erteilen könne, wo ein Widerruf wegen Änderung der Sachlage oder wegen Mißbrauchs zulässig sei. Diese Auffassung ist nur auf der hier abgelehnten Grundlage verständlich, daß Auflagen zur Beseitigung von Versagungsgründen unzulässig seien.

41) Z. B.: § 18 GewerbeO; § 5 GaststättenG.

behörden nicht auf die Wahrnehmung baupolizeilicher und bautechnischer Rücksichten beschränkt sind, sondern den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im vollen Umfang wahrnehmen dürfen[42]. Dies muß auch für Auflagen im Bereich anderer öffentlich-rechtlicher Gebiete gelten, jedenfalls soweit auch dort Erlaubnisse des Inhalts erteilt werden, daß dem gestatteten Unternehmen keine Belange aus dem Bereich des öffentlichen Rechts entgegenstehen[43]. Zwar sind zur Abwehr von Gefahren auch durch gefahrverhindernde oder gefahrvermindernde Auflagen in erster Linie die allgemeinen und besonderen Ordnungsbehörden zuständig; gerade im Bereich der Gefahrenabwehr muß jedoch der Gedanke der Einheit der öffentlichen Verwaltung betont werden. Eine Behörde darf nicht durch Gewährung einer Vergünstigung eine Quelle für mögliche Gefahren schaffen und die Abwehr dieser Gefahren einer anderen Stelle überlassen; vielmehr muß ihr zumindest gestattet sein, alle Vorkehrungen zu treffen, die den Eintritt von Gefahren von vornherein verhindern[44]. Das geeignete Mittel dazu ist gerade die Auflage; sie ist insbesondere auch das für den Bürger am wenigsten einschneidende Mittel. Der Schutz des Bestandes vorhandener Rechtsgüter vor möglichen Gefahren erscheint als elementarere Aufgabe als etwa die positive Förderung (neuer) Rechtsgüter; der Bestandschutz in diesem Sinne ist ein Mindestmaß staatlicher Betätigung.
Inhaltlich genau oder grob bestimmte Auflagenermächtigungen wirken sich natürlich auch für gefahrenabwehrende Auflagen beschränkend aus[45].

---

42) Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 141 f;
vgl. Gädke, BauO NW, § 88, zu Abs. 3.

43) Vgl.: Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 143.

44) Vgl. dazu: Drews-Wacke, aaO, S. 14 ff.

45) Es besteht also kein Widerspruch zu den Erörterungen i. Z. m. § 13 PersonenbeförderungsG und der Entscheidung des BVerwG U. v. 27.2.1958 - 1 C 42/57 - DVBl 1958, 436 f.

III. Gesetzeszweckfördernde und gesetzesfremde Auflagen

1. Begriffliches

Auflagen sind nun nicht nur ein besonders probates Mittel, gesetzliche Ziele und Zwecke zu gewährleisten, sondern auch die in dem betreffenden Gesetz behandelten, mit diesen zusammenhängenden bzw. in Verbindung zu bringenden Anliegen über die bloße Sicherstellung hinaus positiv zu fördern, also die tatsächlichen Zustände, die der Gesetzgeber bei Regelung der Materie angetroffen hat, nicht nur nicht zu verschlechtern, sondern zu verbessern. Zwar nimmt sich ein Gesetzgeber einer Materie nur deshalb an, um sie zu verbessern; allein deshalb aber dürfen noch nicht schlechthin alle Motive und Anliegen des Gesetzgebers bei der Ermittlung des zulässigen Inhalts von Auflagen berücksichtigt werden, sondern nur diejenigen, die in das betreffende Gesetz eingegangen sind und dort erkennbar ihren Niederschlag gefunden haben. Auflagen, die nun gerade diesen gesetzlich erwähnten Anliegen Rechnung tragen, sind schon als gesetzeszweckgewährleistende zulässig. Gesetzeszweckfördernde Auflagen im hier verstandenen Sinne sind also nur solche, die einem gesetzlich nicht eigens geregelten und nicht unmittelbar erforderlichen Zweck dienen, sondern mit denen die Verwaltungsbehörden gesetzlich geregelte Materien, Zustände etc. - stärker als das Gesetz selbst das vorsieht - verbessern wollen.
Auflagen, die keinem der Anliegen des Gesetzes, auf Grund dessen sie ergehen, dienen, sind gesetzesfremd.

2. Koppelungsverbote

Gesetzesfremde Auflagen sind unrechtmäßig[46]. So wäre es z. B. rechtswidrig, einem Frankfurter Einzelhändler, der sich am Römer niederzulassen gedächte, bei der auf § 3 EinzelhandelsG gestützten Erlaubniserteilung die Auflage zu machen, zur Steigerung des Lokalkolorits der Umgebung auch Frankfurter Würstchen oder Äppelwoi zu führen.

Bei gesetzeszweckfördernden Auflagen stellt sich wiederum das Problem der Wahrung ausreichend engen Sachzusammenhangs. Es ist nur von Fall zu Fall lösbar. Obwohl z. B. gemäß § 1 Ziff. 1 AtomG der Zweck dieses Gesetzes ist, "die Erforschung, Entwicklung und die Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken zu fördern", erscheint zunächst die Auflage an ein Atomenergieunternehmen, das Kraftwerk habe eine bestimmte Menge Energie zu produzieren, unzulässig; immerhin läßt das Atomgesetz an keiner Stelle erkennen, die Erlaubnis könne von einer Mindestkapazität abhängig gemacht werden, weshalb sich die in § 1 Ziff. 1 AtomG erwähnte "Förderung" in einer Gewährleistung der Vorschriften des Atomgesetzes erschöpfen müsse. Eine solche Betrachtungsweise wäre indes zu eng; es liegt in der Gesamttendenz des Atomgesetzes, die mit der Gewinnung von Kernenergie verbundenen Gefahren möglichst gering zu halten; dieses Anliegen rechtfertigt auch Auflagen, die ein angemessenes Verhältnis zwischen den Vor- und Nachteilen der Kernenergiegewinnung gewährleisten sollen. Die genannte Auflage wäre also sachgemäß.
Bei Ausnahmebewilligungen und Dispensen besteht ein besonders großer Anreiz, sie nur gegen gesetzeszweckfördernde Auflagen zu erteilen. Sie mögen zwar berechtigter Anlaß zu besonders sorgfältiger Prüfung sein, ob ihre Erteilung nicht

---

46) Wolff-Bachof, aaO, S. 412;
a. A.: Krüger, DVBl 1955, 522 (jedenfalls für die Wirtschaftsverwaltung); Burghartz, WasserhaushaltsG, § 4 und Gieseke-Wiedemann, WasserhaushaltsG, § 4 Rdnr. 5 a).

u. U. erst durch vielgestaltige Auflagen vertretbar wird [47]; ihr bereits mehrfach herausgestellter Charakter rechtfertigt indes keine großzügigere Auflagenpraxis. So ist es z. B. nicht zulässig, wenn die Bauordnungsbehörde von der Vorschrift des § 62 Abs. 2 Ziff. 4 BauO NW, wonach Aufenthaltsräume im Dachraum einen zweiten gesicherten Rettungsweg haben oder mit Feuerwehrleitern sicher zu erreichen sein müssen, einen nach § 86 Abs. 2 Ziff. 2 BauO NW zulässigen Dispens mit der durch § 20 Abs. 1 FeuerschutzG NW angeregten Auflage verbindet, die Anbringung einer Alarmsirene auf dem Hausdach zu dulden. Zwar besteht zwischen dem Zweck des § 62 BauO und dem des § 20 FeuerschutzG eine enge Beziehung; die Anbringung der Alarmsirene wird aber von den Anliegen gerade des Bauordnungsrechtes nicht getragen, wofür entscheidend ist, daß die Anbringung von Feuermeldeanlagen an Bauwerken nicht in der BauO, sondern einem anderen - dem FeuerschutzG - geregelt ist. Anders wäre freilich zu entscheiden, wenn die Notwendigkeit einer Anbringung der Alarmsirene an gerade dem Haus des Begünstigten eine Voraussetzung oder Folge des Dispenses wäre; dann ließe sie sich rechtfertigen mit der Begründung, sie gleiche nur die mit der Dispenserteilung verbundenen Gefährdungen des Bauwerks samt Einrichtung und der darin wohnenden Menschen aus und diene also lediglich dazu, dem Sinn und Zweck der Regelung, die zu dem repressiven Verbot des § 60 BauO NW, Wohnungen im Dachraum einzurichten, geführt habe, wenigstens annähernd zu gewährleisten. Das Fehlen ausreichend engen Sachzusammenhangs kann bisweilen auch erst an der behördlichen Begründung für die Auflage erkennbar werden. Wenn z. B. jemandem, der auf Grund eines Dispenses nach § 35 Abs. 2 BBauG in einem parkartigen mit fast sämtlichen vorkommenden Nadelhölzern bewachsenen Gelände bauen will, zur Auflage gemacht wird, auf seinem Vorgarten a) zur Abschirmung, b) zur Vervollständigung der Gehölzarten einige noch fehlende Wacholderbüsche anzupflanzen, bestehen hinsichtlich der ersten Begründung keine Bedenken, weil die Auflage

---

47) vgl. dazu S. 100 - 103, 58 f, 28 f.

als bloßer vom sachlichen Bereich des § 35 Abs. 1 BBauG gedeckter Ausgleich für die mit der Dispenserteilung verbundene Landschaftsbeeinträchtigung erscheint; mit der zweiten Begründung wäre die Auflage demgegenüber sachwidrig, denn es ist nicht Sinn und Zweck des § 35 oder anderer Vorschriften des BBauG, nun gerade einen Waldlehrpfad zu schaffen. Wohl in Hinblick auf den Sondernutzungscharakter wird für Auflagen zu der wasserrechtlichen Bewilligung nach § 4 WasserhaushaltsG eine großzügigere Auffassung vertreten[48]. So meint insbesondere Burghartz[49], der genannte § 4 biete nicht nur die Möglichkeit (u. a.), durch Auflagen das Wohl der Allgemeinheit zu schützen, sondern auch in Zusammenhang mit der in Aussicht genommenen Benutzung zu fördern; weil die Bewilligung im Ermessen stehe und selbst beim Vorliegen von Versagungsgründen i. S. v. §§ 6 und 8 WasserhaushaltsG verweigert werden dürfe, müßten auch Auflagen zu anderen als schadenverhütenden Zwecken zulässig sein; so sei es z. B. nicht grundsätzlich ausgeschlossen, eine Stauanlage nur unter der Auflage zu bewilligen, an dem Stausee einen Badebetrieb im Interesse der Volksgesundheit zuzulassen[50]. M. E. handelt es sich bei einer solchen Auflage um eine sachwidrige Koppelung; zumindest reicht die Begründung nicht aus, die Auflage zu rechtfertigen. Auch eine Ermessenseinräumung entbindet nicht von dem Gebot der Wahrung des Sachzusammenhangs; zwar stehen zutreffendermaßen nicht nur die in den Versagungsgründen umschriebenen Sachverhalte in ausreichend engem Bezug zu der Begünstigung, sondern alle in

---

48) Burghartz, WasserhaushaltsG, § 4; Gieseke-Wiedemann, WasserhaushaltsG, § 4, Rdnr. 5 a; Sieder-Zeitler, WasserhaushaltsG, § 4, Rdnr. 5.

49) Burghartz, WasserhaushaltsG, § 4.

50) A. A.: von Tegelen, BB 1963, 419; w. N. bei: Burghartz, WasserhaushaltsG, § 4.

dem betreffenden Gesetz geregelten oder auch nur gestreiften Gegenstände; das WasserhaushaltsG befaßt sich indes nicht im geringsten damit, das Wasser für Zwecke des Sports oder der Belustigung, selbst wenn beides Einfluß auf die Volksgesundheit haben sollte, über das bisherige Maß hinaus nutzbar zu machen. Wenn die Verwaltungsbehörde in Hinblick auf die besondere "Sozialpflichtigkeit" des Wassers glaubt, die Bewilligung einer gesteigerten Wasserbenutzung zugunsten eines Einzelnen auf Kosten der Allgemeinheit nicht vertreten zu können, so darf sie auch unter der Geltung des Übermaßverbotes die Bewilligung getrost versagen; sie ist aber nicht befugt, die Bewilligung von Gegenleistungen abhängig zu machen, die außerhalb der spezifischen wassergesetzlichen Belange liegen[51].

---

51) Vgl. auch: BVerwG U. v. 21.10.1970 - IV C 165/65 - E 36, 145 (147), wo offengelassen wird, "ob die Auflagen zu wasserrechtlichen Erlaubnissen andere als wasserwirtschaftliche Erwägungen gänzlich auszuscheiden haben oder ob und in welchem Umfang ressortfremde Gesichtspunkte, die u. U. zur Ablehnung einer im Ermessen der Behörde stehenden Erlaubnis hätten führen können, bei der Auflage berücksichtigt werden dürfen".

3. Insbesondere: "Fiskalische" Auflagen

Besondere Beachtung verdient das Problem der Zulässigkeit sogenannter "fiskalischer" Auflagen, worunter solche zu verstehen sind, mit denen eine wirtschaftliche Gegenleistung für eine hoheitliche Betätigung, in der Regel ein Entgegenkommen der Verwaltungsbehörden anläßlich der Ausübung von Ermessen, als eine Art Entgelt, mit einem begünstigenden Verwaltungsakt verkoppelt wird.
Abgesehen von den gesetzlichen Regelungen, deren erklärter Zweck die Erzielung von Einnahmen (Steuern, Beiträgen, Gebühren und sonstigen Abgaben) ist, verfolgen Gesetze in der Regel zumindest nicht unmittelbar und primär fiskalische Interessen. Auflagen, mit denen entgegen dieser Regel unmittelbar in wirtschaftlichen Werten ausdrückbare Vorteile erzielt werden sollen, unterstehen besonders leicht dem berechtigten Verdacht, gemessen an den Zielen und Zwecken des Gesetzes, auf Grund dessen die Begünstigung ergeht, unsachgemäß und damit unzulässig zu sein. Insbesondere darf die Verwaltungsbehörde keine Vergünstigungen "verkaufen"[52]. Der Betroffene darf durch eine Verknüpfung von Begünstigung und Auflage nicht schlechter gestellt werden, als es bei einer von der Begünstigungserteilung getrennt geltend gemachten berechtigten Forderung stünde[53]. Daher gilt der Grundsatz: Auflagen zu fiskalischen Zwecken sind

---

52) Vgl. dazu: BGH U. v. 12.5.1972 - U ZR 105/70 - DÖV 1972, 718 f;
Wolff-Bachof, aaO, S. 412 und 180; von Campenhausen, DÖV 1967, 666; Willigmann, DVBl 1963, 230; Götz, JuS 1970, 6.

53) Daher ist die Entscheidung des BGH U. v. 21.11.1957 - III ZR-250/55 - BBauBl 1958, 198 f, abzulehnen; vgl. die zutreffende Kritik bei Willigmann, DVBl 1963, 230.

unzulässig[54]. Es gibt indes Ausnahmen: Es sind zunächst selbstverständlich zu machen, wenn derartige fiskalische Zwecke in dem angewandten Gesetz selbst vorgesehen sind, wie z. B. in § 64 Abs. 7 BauO NW oder § 2 Abs. 4 Satz 2 PostG[55]. Auflagen dürfen fiskalische Zwecke verfolgen und wirtschaftliche Gegenleistungen zum Inhalt haben, wenn damit nur die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für die Erteilung der Begünstigung geschaffen werden sollen; so darf mit ihnen die für eine Bauerlaubnis vorausgesetzte Erschließung gesichert und verlangt werden, daß der Erlaubnisnehmer die für die Erschließungsanlagen bestimmten Grundstücksteile an die Gemeinde abtritt oder die fehlenden Anlagen zunächst selbst auf eigene Kosten herstellt[56]. Sie können ferner rechtmäßig sein, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen (im weitesten Sinne) für eine Begünstigung entweder überhaupt nicht oder nur unter wirtschaftlich völlig unverhältnismäßigen und geradezu unsinnigen Opfern erfüllbar sind und die fiskalischen Auflagen da-

---

54) Vgl.: Preuß.OVG U. v. 2.2.1892 - Rep. II C 240/91 - E 23, 23 (25 f); U. v. 17.9.1910 - IX A 1/10 - E 57, 480 (486 f); U. v. 4.2.1926 - IV A 48/25 - E 80, 413 (415 f);
RG U. v. 10.11.1903 - Rep. VII 265/03 - Z 56, 4 (7 f); U. v. 23.1.1931 - III 117/30 - Z 132, 174 (178 f), m. Anm. v. Scheuner, JW 1932, 2990; U. v. 26.10.1931 - VI 285/31 - Z 133, 361 (363 f); U. v. 24.10.1931 - V 284/30 - Z 134, 25 (26 ff);
vgl. ferner: BGH U. v. 21.11.1957 - III ZR 250/55 - DÖV 1958, 309 f; U. v. 14.7.1966 - III ZR 190/64 - DÖV 1966, 759 f.
Vgl. auch: BVerwG U. v. 14.11.1968 - VIII C 68/64 - E 31, 35 (44 ff).
Willigmann, DVBl 1963, 229 ff; von Campenhausen, DÖV 1967, 662 ff; Götz, JuS 1970, 5; Krüger, DVBl 1955, 520;
Dicke, aaO, S. 147 f; Wolff-Bachof, aaO, S. 412 und 180; Elmar Schulze, aaO, S. 81 f.

55) Willigmann, DVBl 1963, 230.

56) Vgl. im einzelnen: Willigmann, DVBl 1963, 232 f (für §§ 30 ff BBauG);
Elmar Schulze, aaO, S. 23 f (für "Baudispensverträge" nach § 12 Preuß. FluchtlinienG); von Campenhausen, DÖV 1967, 663; Götz, JuS 1970, 5;
RG U. v. 26.10.1931 (vgl. Fußn. 54) Z. 133, 361 (364 f).

zu bestimmt und geeignet erscheinen, die von Gesetzes wegen zu erfüllenden Voraussetzungen und Pflichten anderweit (mittelbar) zu gewährleisten[57]. Gegenüber ihrer Rechtmäßigkeit läßt sich nicht einwenden, sie stünden stellvertretend für unmögliche oder unzumutbare[58] und damit unverbindliche Pflichten[59], seien also nicht "notwendig"; sie sind "notwendig", weil gesetzliche Voraussetzungen für eine Begünstigung - anders als z. B. Polizeibefehle - auch dann Verbindlichkeit beanspruchen, wenn ein Bewerber sie nicht erfüllen kann; sorg-

---

57) Die Diskussion um die Zulässigkeit fiskalischer Auflagen zu dem Zweck, gewissermaßen anstelle von gesetzlichen Gewährleistungsvoraussetzungen zu fungieren, hat sich vornehmlich an der Stellplatzpflicht nach §§ 2, 58 ReichsgaragenO entzündet. Die ReichsgaragenO sah keine Ablösung der Stellplatzpflicht durch Zahlung einer bestimmten Geldsumme, die zum Bau von Ersatz-Parkflächen bzw. Ersatz-Parkhäusern benutzt werden sollten, vor. Da besonders in den Stadtkernen die Verwendung der wertvollen Grundflächen als Stellplätze wirtschaftlich unsinnig erschien und häufig auch kein geeignetes Grundstück in der Nähe des beabsichtigten Baues zu finden war, entwickelte sich eine ausgedehnte Dispensierungspraxis, wonach gegen Zahlung einer Ablösungssumme für jeden von Gesetzes wegen zu errichtenden Parkplatz zur Herstellung öffentlichen Parkraums seitens der Gemeinden Befreiung von der "eigenhändigen" Stellplatzpflicht gewährt wurde (vgl.: Götz, JuS 1970, 4).

58) Zur Einbeziehung des Maßstabs der Zumutbarkeit vgl.: Lücke, DÖV 1974, 770.

59) Vgl.: Thiel, DVBl 1954, 353, der dieses Argument in der Diskussion um die Zulässigkeit der Auflagen zur Ablösung der Stellplatzpflicht nach der ReichsgaragenO anführt.

fältiger Prüfung bedarf indes stets, ob die fiskalischen Auflagen genau den Gesetzeszweck gewährleisten oder doch zumindest einen solchen, der so eng mit dem eigentlichen verwandt ist, daß er den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers entspricht. So war im Falle der Ablösung der Stellplatzpflicht eigentlicher Zweck der ReichsgaragenO zwar die Regelung des Baues von Privatstellplätzen; die Auflagen zur Errichtung von öffentlichen Parkplätzen, die ihrerseits die Freihaltung der Verkehrsflächen gewährleisten sollten, entsprachen aber noch ausreichend der Ziel- und Zweckrichtung der ReichsgaragenO, nämlich der Förderung des fließenden Verkehrs[60]. Soweit allerdings kraft ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung von den übermäßig belastenden Begünstigungsvoraussetzungen Dispens gewährt werden kann, haben die Verwaltungsbehörden tunlichst zu prüfen, ob ihr Ermessen nicht auf eine Pflicht zur Erteilung des Dispenses ohne Auflagen reduziert ist; es wäre fehlerhaft, die Dispensationsermächtigungen um eine Art Sondersteuer oder Gebühr willen völlig zu ignorieren[61].

---

60) BVerwG U. v. 4.2.1966 - IV C 64/65 - DÖV 1966, 756 ff; wo allerdings eine bevorzugte Benutzungsbefugnis des Ablösenden verlangt wird;
vgl. dazu: Maury, DVBl 1950, 635, dessen Begründung aber teilweise nicht überzeugt.
A. A.: von Campenhausen, DÖV 1967, 667 mit der Begründung, die beiden unterschiedlichen Verwaltungszwecke "das Recht des Einzelbaus" einerseits und "die Verpflichtung der Gemeinde zur Anlegung und Unterhaltung von öffentlichen Verkehrsflächen" andererseits, also Baupolizei und Finanzierung öffentlicher Einrichtungen, stünden nicht in sachlichem Zusammenhang; So auch: Forsthoff, aaO, S. 293 f; Schulze, Elmar, aaO, S. 86 f.

61) Insoweit zutreffend: von Campenhausen, DÖV 1967, 667.

Auflagen fiskalischen Inhalts wahren auch dann noch das Erfordernis ausreichend engen Sachzusammenhangs, wenn sie zwar nicht gesetzlich normierte Voraussetzungen schaffen, aber immerhin aus der Begünstigung entstehende Nachteile, namentlich Folgekosten, vermindern helfen, deren Eintritt eine vorausschauende und vernünftig planende Verwaltungsbehörde zur Versagung der Begünstigung hätte zwingen müssen[62), 63)].

---

62) Vgl. BGH U. v. 4.2.1966 (vgl. Fußn. 60), DÖV 1966, 756 (760), der es allerdings genügen läßt, wenn die Behörde (nur) sachlich gerechtfertigte Gründe habe, die Begünstigung abzulehnen und diese Gründe durch die Gegenleistung im wesentlichen hinfällig würden.
So auch: Wolff-Bachof, aaO, S. 412 und 180.

63) Zu den Schranken diesbezüglicher vertraglicher Vereinbarungen, die auch für Auflagen des genannten Inhalts gelten, vgl.: BVerwG U. v. 6.7.1973 - IV C 22.72 - DVBl 1973, 800 ff, m. Anm. v. von Mutius, VerwArch 65, 201 ff, der zwar auch annimmt, dem Bezüglichkeitsgebot sei Genüge getan, der aber gerade in dem (legitimierenden) Sachzusammenhang "zwischen (z. B.) Ausübung der Planungshoheit im Bebauungsplan - bzw. Baugenehmigungsverfahren und Übernahme der (Folge-) Kosten" eine Gefahrenquelle für Verstöße insbesondere gegen den Grundsatz der Baufreiheit und das Gebot der ermessensfehlerfreien Ausübung des Planungsermessens sieht.

Zusammenfassung

Das Gesetzmäßigkeitsprinzip in seiner Komponente als Gesetzesvorbehalt verlangt für Auflagen zu gebundenen Begünstigungen anerkennender, teilhabegewährender oder verleihender Art eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage; ohne eine solche kommen Auflagen nur als Vergünstigungsmöglichkeit zur Schaffung besonderer Voraussetzungen bzw. Beseitigung von Versagungs- oder Widerrufsgründen in Betracht.

Dasselbe gilt für Auflagen zu ermessensfreien Begünstigungen anerkennender und teilhabegewährender Art mit der Maßgabe, daß die Ermächtigungsgrundlage auch in dem eingeräumten Ermessen gefunden werden kann.

Lediglich ermessensfreie Begünstigungen verleihender Art bedürfen ihrer nicht.

Das Übermaßverbot gebietet es, bei gebundenen Vergünstigungen anerkennender, teilhabegewährender und verleihender Art sowie bei ermessensfreien Vergünstigungen teilhabegewährender Art und Erlaubnissen i. e. S. in aller Regel Auflagen anzuordnen, wenn durch sie eine Versagung der Vergünstigung vermieden werden kann; das gilt auch beim Vorliegen zwingender Versagungs- oder Widerrufsgründe.

Bei ermessensfreien Vergünstigungen verleihender Art sowie Ausnahmebewilligungen bzw. Dispensen besteht eine solche Verpflichtung nur in seltenen Ausnahmefällen.

Auflagen sowohl zu gebundenen als auch ermessensfreien Vergünstigungen, seien diese anerkennender, teilhabegewährender oder verleihender Art, bedürfen stets eines ausreichend engen Sachzusammenhangs zwischen ihnen und den spezifischen Zielen und Zwecken des Gesetzes bzw. Sachgebietes, aufgrund dessen Begünstigung und Auflage ergehen; das folgt aus der zur Rechtsnatur von Auflagen gehörenden eigentümlichen Verbindung zwischen ihnen und dem Hauptverwaltungsakt, aus dem im Rahmen des Gesetzmäßigkeitsprinzips zu beachtenden Bestimmheitsgrundsatz wie auch aus dem Gebot rechtmäßiger Ermessensbetätigung und dem Verbot willkürlicher Ungleichbehandlung.

Literaturverzeichnis

ASSFALG, Dieter — Sind Auflagen und Bedingungen behördlicher Erlaubnisse selbständig anfechtbar? BB 1967, 190

BÄCK, Water
HOFFMANN, Egon
JANSSEN, Fritz
VOLMER, Bernhard — Gewerbeordnung (Kommentar) Köln, Berlin, Bonn, München 1964

BADURA, Peter — Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt mit belastender Auflage - BVerwGE 11, 18 JuS 1964, 103

BARION, Hans — Feudaler oder neutraler Staat DÖV 1966, 361

BAUR — Zur Auflagenpraxis im Recht des Grundstücksverkehrs RdL 1950, 77

BENISCH, Werner — Auflagen durch Kartellbehörden Wirtschaft und Wettbewerb, 1961, 449

BETTERMANN, Karl August — Anm. zu BGH B. v. 2.10.1972 - NotZ 1/72 - DVBl 1973, 186

BORST, W. — Die Verwaltungsvorschriften des Atomgesetzes DVBl 1960, 160

BRITSCH, Walter
ROSENBERGER, Karl
HAUSS, Wulf — Die Berufsausübung im Einzelhandel (Kommentar) Berlin und Frankfurt 1961

BÖHLER, Ottmar — Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung Berlin und Stuttgart 1914

BULLINGER, Martin — Vertrag und Verwaltungsakt. Stuttgart 1962

BURGHARTZ, Franz Josef — WasserhaushaltsG und WasserG für das Land Nordrhein-Westfalen (Kommentar). 2. Aufl. München 1974

CAMPENHAUSEN,- Frhr. von, Axel — Die Kopplung von Verwaltungsakten mit Gegenleistungen im Verwaltungsrecht. DÖV 1967, 662

CONSBRUCH, Johannes; MÖLLER, Annemarie — Gesetz über das Kreditwesen (Kommentar). 1. - 6. Lieferung München 1974

DELLIAN, Ed — Der Rechtsanspruch auf wasserrechtliche Erlaubnis. DVBl 1969, 303

DICKE, Detlev Christian — Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung in Italien und der BRD. In der Reihe: res publica, Beiträge zum Öffentlichen Recht, herausgegeben von Prof. Dr. E. Forsthoff, Bd. 22. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969

DREWS, Bill; WACKE, Gerhard — Allgemeines Polizeirecht (Kommentar). 7. Aufl. Berlin, Köln, München, Bonn 1961

DÜRIG, Günter — Der Grundsatz der Menschenwürde. AöR 81 (1956) 117

EHRENFORTH, Werner — II. Wohnungsbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz) (Kommentar). Köln, Berlin, Bonn 1958

ENGERT, Jochen	Das Zweite Gesetz zur Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes (Pipelinegesetz) DVBl 1965, 6
ERICHSEN, Hans-Uwe	Baudispens und Übermaßverbot DVBl 1967, 269
-	Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I Frankfurt 1972
EYERMANN, Erich FRÖHLER, Ludwig	Handwerksordnung (Kommentar) 2. Aufl. München, Berlin 1967
FACHINGER, Josef	Die Zulässigkeit verwaltungsrechtlichen Auflagen DV 1949, 118
FICKERT, Hans Carl	Straßenrecht in Nordrhein-Westfalen 2. Aufl. Köln 1968
FISCHERHOFF, Hans	Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht Bd. I (Kommentar) Baden-Baden 1966
FLEINER, Fritz	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 2. Neudruck der 8. Aufl. Aalen 1963
FORSTHOFF, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. I, Allgemeiner Teil 10. Aufl. München 1973
-	Ober Maßnahme - Gesetze Gedächtnisschrift für Jellinek München 1955
FRANK, Gerhard	Waffengesetz München 1973

FRANZ, Fritz	Anm. zu BVerwG U. v. 18.12.1969 - I C 33/69 - DVBL 1970, 625
FRIAUF, Karl Heinrich	Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt - OVG Lüneburg, VerwRspr. 12, Nr. 6 JuS 1962, 422
FUHR, Eberhard	Gewerbeordnung (Kommentar) 1. - 58. Lieferung Hermann Luchterhand Verlag
GÄDKE, Horst	Kommentar zur Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen 4. Aufl. Düsseldorf 1973
GENTZ, Manfred	Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen NJW 1968, 1600
GIACOMETTI, Z.	Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts 1. Bd. Zürich 1960
GIESEKE, Paul WIEDEMANN, Werner	Wasserhaushaltsgesetz (Kommentar) 2. Aufl. München 1971
GÖTZ, Volkmar	Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages JuS 1970, 1
GREIF, Wolfgang	Personenbeförderungsgesetz (Kommentar) München und Berlin 1961
GREIFFENHAGEN, Gottfried	Die Kartellgenehmigung (im Recht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft) Diss. iur. Heidelberg 1965

HÄBERLE, Peter	Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18.7.1972 DÖV 1972, 729
-	Grundrechte im Leistungsstaat VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 45 Berlin, New York 1972
HEITZER, Sebastian OESTREICHER, Ernst	Bundesbaugesetz (Kommentar) 3. Aufl. Berlin 1968
HESSE, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts 6. Aufl. Karlsruhe
HOFFMANN, Egon	Gaststättenrecht (Kommentar) 1. und 2. Lieferung Karlsruhe 1974
HOPPE, Werner	Anm. zu VerwG Münster U. v. 31.1.1966 - 2 K-437/65 - DVBl 1967, 300
HUBER, Ernst Rudolf	Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht DÖV 1956, 135
-	Wirtschaftsverwaltungsrecht 2. Band 2. Aufl. Tübingen 1954
HUBER, Gerhard	Auflagen als Instrument der Wettbewerbspolitik Festschrift für Ernst Rudolf Huber, Göttingen 1973
HUBER, Hans Rudolf	Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von günstigen Verwaltungsakten Diss. iur. Zürich 1955
IMBODEN, Max	Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung Baseler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 38, Basel 1954

IPSEN, Hans-Peter — Öffentliche Subventionierung Privater. Berlin 1956

JELLINEK, Georg — System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1919

JELLINEK, Walter — Verwaltungsrecht. Neudruck Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1966

JESCH, Dietrich — Gesetz und Verwaltung. 2. Aufl. Tübingen 1968

KIEKEBUSCH, Klaus — Die öffentlich-rechtliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte. VerwArch 57 (1966), 17

KÖHLER von, Karl-Heinz — Auflagen und Bedingungen im Kartellrecht. BB 1961, 1354

- — Fragen des Eigentums im Verwaltungsrecht. DVBl 1958, 191

KÖHLER von, Ludwig — Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart, Berlin 1935

KOLLMEYER, Alfred — Die Zulässigkeit von Auflagen und Bedingungen im Recht des landwirtschaftlichen Grundstücksverkehrs. DNotZ 1951, 63

KÜTTGEN, Arnold — Subventionen als Mittel der Verwaltung. DVBl 1953, 485

KORMANN, — System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910

KRAUSS von,	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Hamburg 1965
KRÖGER, Herbert	Der Wesensgehalt der Grundrechte i. S. des Art. 19 GG DÖV 1955, 597
-	Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung DVBl 1955, 380 u. 450 u. 580
-	Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz DVBl 1950, 625
-	Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik DÖV 1956, 550
-	"Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und "Gewährung mit Auslesevorbehalt" DÖV 1958, 673
LANDMANN, ROHMER, EYERMANN, Erich FRÖHLER, Ludwig	Gewerbeordnung (Kommentar) 12. Aufl. München 1969
LERCHE, Peter	Übermaß und Verfassungsrecht Köln, Berlin, München, Bonn 1961
LÜCKE, Jörg	Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit DÖV 1974, 769
MANGOLDT von, Hermann	Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten VerwArch 37 (1932), 101
MARSCHALL, Ernst A.	Bundesfernstraßengesetz (Kommentar) 3. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1971

MARTENS, Wolfgang	Fehlerhafte Nebenbestimmungen im Verwaltungsprozeß DVBl 1965, 428
-	Grundrechte im Leistungsstaat VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 7 Berlin, New York 1972
MAUBACH, Emil	Bedingung und Auflage (im allgemeinen und insbesondere bei den behördlichen Genehmigungen des Grundstücksverkehrsrechts) Diss. iur. Köln 1939
MAUNZ, Theodor DÜRIG, Günter HERZOG, Roman	Grundgesetz (Kommentar) Bd. I u. II (Lieferungen 1-13) München 1971
MAURY,	Parkflächenauflagen DVBl 1950, 634
MAYER, Franz	Allgemeines Verwaltungsrecht 2. Aufl. Stuttgart, München, Hannover 1971
MAYER, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht 1. Band 3. Aufl. Berlin 1923
MENGER, Christian-Friedrich	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht VerwArch 54 (1963), 393
-	Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit DÖV 1955, 587
-	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes Tübingen 1954
-	Verwaltungsrichtlinien - autonome Rechtssetzung durch die Executive? Demokratie und Verwaltung Berlin 1972

MENGER, Christian-Friedrich
ERICHSEN, Hans-Uwe

Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht

VerwArch 58 (1967), 278

MERK, Wilhelm

Deutsches Verwaltungsrecht
1. Band

Berlin 1962

MICHEL, Elmar
KIENZLE, Werner

Das Gaststättengesetz (Kommentar)

6. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1973

MÖRTEL, Georg

Gaststättengesetz (Kommentar)

München 1973

MÖLLER,

Straßenverkehrsrecht (Kommentar)
Band I

22. Aufl. Berlin 1969

MÖLLER, Horst Joachim

Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

DÖV 1969, 119

MÖLLER, Lothar

Gaststättengesetz (Kommentar)

Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970

MÖNZ, Peter
HASELAU, Klaus
HERRMANN, Gerd
LIEBERT, Ernst

Güterkraftverkehrsgesetz

Bonn-Bad Godesberg 1972

MUSSGNUG,

Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften

1964

MUTIUS von, Albert

Grundrechte als "Teilhaberechte" - zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des "numerus-clausus"

VerwArch 64 (1973), 183

Zulässigkeit und Grenzen verwaltungsrechtlicher Verträge über kommunale Folgelasten

VerwArch 65 (1974), 201

NAWIASKY, Hans	Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland 1950
OSSENBÜHL, Fritz	Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre DÖV 1968, 618
PETERS, Hans	Lehrbuch des Verwaltungsrechts Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
RIEDEL, Fritz	Auflage und Bedingung bei der bauerngerichtlichen Genehmigung Süddt. JZ 1950, 91
-	Die Rechtsprechung in Landwirtschaftssachen im Jahre 1953 JZ 1954, 29
ROELLECKE, Gerd	Gesetzmäßigkeitsprinzip und verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen DÖV 1968, 333
RUPP, Hans Heinrich	Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz? NJW 1966, 2037
-	Die Universität zwischen Wissenschaftsfreiheit und Demokratisierung JZ 1970, 165
-	Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes JZ 1971, 401
-	Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 15 Tübingen 1965
-	Verwaltungsakt und Vertragsakt DVBl 1959, 81

SCHEERBARTH, Walter	Anm. zu VerwG Münster U. v. 31.1.1966 - 2 K-437/65 - DVBl 1967, 301
SCHEUNER, Ulrich	Anm. zu RG U. v. 23.1.1931 - 117/30 III - JW 1932, 2290 JW 1932, 2290
SCHIEDERMAIR, Rudolf	Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland (Kommentar) Frankfurt, Berlin 1968
SCHLUND, Gerhard H.	Sachgemäßheit von Auflagen BayVBl. 1968, 5
SCHRÖDTER, Horst	Bundesbaugesetz (Kommentar) 2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1969
-	Anm. zu VerwG Neustadt a.d.W., U. v. 29.10.1963 - 1 K 297/61 - DVBl 1964, 552
SCHULZE, Elmar	Baudispensverträge Diss. iur. Münster 1964
SCHÜTZ, Walter FROHBERG, Günther	Kommentar zum Bundesbaugesetz 3. Aufl. Neuwied, Berlin 1970
SCHWABE, Jürgen	Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt JuS 1973, 133
SIEDER, Frank ZEITLER, Herbert	Wasserhaushaltsgesetz (Kommentar) Band I 1. - 3. Lieferung München 1970
STAUDINGER,	BGB-Kommentar II. Band, 2. Teil 11. Aufl. Berlin 1955
-	BGB-Kommentar V. Band 11. Aufl. Berlin 1954

STEIN, Ekkehart	Die Wirtschaftsaufsicht Tübingen 1967
STERN, Klaus	Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages VerwArch 49 (1958), 106
TEGELEN von,	Die Neuregelung für die Benutzung der Gewässer in Nordrhein-Westfalen BB 1963, 415
THIEL, Fr.	Zur Handhabung der Reichsgaragenordnung DVBl 1954, 349 u. 666
WEBER, Werner	Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen Der Staat, 4 Band Berlin 1965
WEYREUTHER, Felix	Über "Baubedingungen" DVBl 1969, 232
WILLIGMANN, Klaus	Koppelung von Verwaltungsakten mit wirtschaftlichen Gegenleistungen DVBl 1963, 229
WITTIG, Peter	Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes DÖV 1968, 817
WOLFF, Hans Julius	Verwaltungsrecht I 8. Aufl. München 1971
-	Verwaltungsrecht II 3. Aufl. München 1970
-	Verwaltungsrecht III 3. Aufl. München 1973

WOLFF, Hans Julius
BACHOF, Otto
Verwaltungsrecht I
9. Aufl. München 1974

ZACHER, Hans F.
Soziale Gleichheit
Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip
AöR 93 (1968), 341

ZIPPELIUS,
Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkungen von Grundrechten
DVBl 1956, 354

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
BBauBl	Bundesbaublatt
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung
bes.	besonders
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BKartellA	Bundeskartellamt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Buchst.	Buchstabe
b. w.	bitte wenden
B. v.	Beschluß vom
BVerfG ... E	Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen des ...
BVerwG ... E	Bundesverwaltungsgericht, Entscheidungen des ...

Diss. iur.	iuristische Dissertation
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E. (v.)	Entscheidung (vom)
EG BGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Erl.	Erläuterung
etc.	et cetera
EWG	Europäische Wirtschafts-gemeinschaft
f od. ff	folgende
Fußn.	Fußnote
...G	...gesetz
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
i. e. S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
i. S. (v.)	im Sinne (von)
i. V. m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
JuS	Juristische Schulung
Leits.	Leitsatz

m. Anm. v.	mit Anmerkung von
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NW	Nordrhein-Westfalen
...O	...ordnung
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pr. od. Preuß.	Preußisches
RdL	Recht der Landwirtschaft
Rdnr.(n.)	Randnummer(n)
RG ... Z	Reichsgericht in Zivilsachen, Entscheidungen des ...
S.	Seite
Süddt. JZ	Süddeutsche Juristenzeitung
u.	und
u. a.	und andere(s)
U. v.	Urteil vom

VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwG	Verwaltungsgericht
VerwRechtspr. (od. -Rspr.)	Verwaltungsrechtsprechung
vgl.	vergleiche
...VO	...verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer(n)

Lebenslauf

Ich wurde am 1. 10. 1942 als drittes von sieben Kindern des Dipl.-Landwirtes Hubert Glitz und seiner Ehefrau Caecilia, geb. Bremer, als deutscher Staatsangehöriger in Bad Driburg/Westf. geboren.

Aufgewachsen bin ich in Dülmen/Westf. Dort besuchte ich von 1949 bis 1962 vier Jahre die Volksschule und neun Jahre das Städtische Neusprachliche Gymnasium. Am 12. 2. 1962 wurde mir das Zeugnis der Reife zuerkannt.

Vom Frühjahr 1962 bis zum Herbst 1963 folgte ein achtzehnmonatiger Grundwehrdienst bei der Luftwaffe.

Anschließend studierte ich vom Wintersemester 1963/64 bis zum Sommersemester 1968 Rechtswissenschaften, und zwar 2 Semester in Köln, 3 Semester in Freiburg und 5 Semester in Münster/Westf.

Hier legte ich am 16. 12. 1968 vor dem Justizprüfungsamt beim OLG Hamm die Erste juristische Staatsprüfung ab. Nach dem üblichen Vorbereitungsdienst als Referendar bestand ich am 8. 2. 1973 in Düsseldorf vor dem Landesjustizprüfungsamt für das Land NW die Zweite juristische Staatsprüfung.

Vom 1. 10. 1973 bis zum 31. 7. 1975 war ich wissenschaftlicher Assistent bei einem Lehrstuhl für öffentliches Recht an der Universität Bielefeld.